

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier

Delvaux, Marie-Amelie

Published in:

La responsabilité des dirigeants de personnes morales

Publication date:

2007

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Delvaux, M-A 2007, La responsabilité des dirigeants en droit des sociétés et en droit financier. Dans *La responsabilité des dirigeants de personnes morales*. La Charte, Bruxelles, p. 2-85.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

CHAPITRE I

LA RESPONSABILITE DES DIRIGEANTS EN DROIT DES SOCIETES ET EN DROIT FINANCIER

YVES DE CORDT

Professeur à l'U.C.L.

Président du Centre Jean Renault

MARIE AMÉLIE DELVAUX

Maître de conférences aux F.U.N.D.P.

Avocate au barreau de Namur

INTRODUCTION

1. La présente contribution a pour objet de traiter de la responsabilité des dirigeants de sociétés commerciales, telle que définie par le droit des sociétés et par le droit financier. Les sociétés à responsabilité limitée et, singulièrement, les sociétés anonymes serviront de références.

Dans le cadre restreint de cette contribution, nous n'aborderons ni les qualifications requises pour être dirigeant (1), ni les procédures de nomination des dirigeants. Nous renvoyons aux autres contributions de cet ouvrage en ce qui concerne la responsabilité civile des dirigeants sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, la problématique des assurances (2) et des clauses limitatives et dérogatoires de la responsabilité (3) et les liens entre les responsabilités civile et pénale du dirigeant. Malgré son importance essentielle pour une gestion efficiente des sociétés commerciales et un contrôle optimal de cette gestion, nous n'évoquerons qu'incidemment les recommandations contenues dans le Code belge de gouvernance d'entreprise (Code Lippens) du 9 décembre 2004.

Après avoir exprimé, en guise d'introduction, quelques considérations liminaires, nous analyserons, dans un titre 1, les différentes hypothèses de res-

(1) Voyez, notamment, la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit (*M.B.*, 19 avril 1993, *errat.* 2 juin et 9 juillet 1993), telle que modifiée par la loi du 19 novembre 2004 (*M.B.*, 28 déc. 2004), et notamment ses articles 18 et 19), et la loi-programme pour la promotion de l'entreprise indépendante du 10 février 1998 (*M.B.*, 21 février 1998). Voyez également, les articles 4.5 et 4.8 à 4.10 du Code Lippens (décembre 2004 – www.corporategovernancecommission.be). Même s'il ne s'agit que de «soft law», applicable uniquement aux sociétés belges cotées, ce Code définit des lignes de conduite en matière de compétence et de formation des dirigeants d'entreprises qui peuvent utilement servir de sources d'inspiration.

(2) Voyez, notamment, sur cette question P. VAN OMMESLAGHE, «L'assurance de la responsabilité civile des administrateurs de sociétés et d'associations en Belgique et la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre», *R.D.C.*, 1994, pp. 275-305; P. VAN OMMESLAGHE, «L'assurance de la responsabilité des administrateurs et commissaires de sociétés anonymes en Belgique», *Les assurances de l'entreprise*, vol. 1, Coll. Fac. de droit de l'U.L.B., Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 57 à 92; D. DE MASENEIRE, «L'assurance de la responsabilité civile de l'entreprise», in *Guide juridique de l'entreprise*, Livre 126, Diegem, Kluwer, pp. 46-49; D. VAN GERVEN, «Les clauses limitatives de responsabilité, les garanties d'indemnisation et l'assurance responsabilité civile des mandataires sociaux», *Rev. prat. soc.*, 1998, pp. 133-162 et spéc. 152-162.

(3) Sur cette question, voyez notamment B. FERON et J. Fr. GOFFIN, «La protection des administrateurs de sociétés contre la mise en cause de leur responsabilité civile», *J.T.*, 1996, pp. 384 et s. et D. VAN GERVEN, «Les clauses limitatives de responsabilité, les garanties d'indemnisation et l'assurance responsabilité civile des mandataires sociaux», *Rev. prat. soc.*, 1998, pp. 147 et s.

ponsabilité prévues par le Code des sociétés (4). Nous évoquerons ensuite, dans un titre 2, les cas de responsabilité relevant du droit financier.

2. Aux termes de l'article 61 du Code des sociétés (ci-après désigné par l'abréviation «CS»), «les sociétés agissent par leurs organes dont les pouvoirs sont déterminés par le présent code, l'objet social et les clauses statutaires. Les membres de ces organes ne contractent aucune responsabilité personnelle relative aux engagements de la société».

L'organe constitue le «support nécessaire de l'activité de la personne morale, (...) de l'expression de sa volonté – activement et passivement – et de ses moyens d'action» (5). L'organe «incarne» la société sans le recours au méca-

(4) Sur la doctrine relative à la responsabilité des administrateurs et des gérants, voyez M.A. DELVAUX, «Les responsabilités des fondateurs, associés, administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL», in *Guide juridique de l'entreprise*, Titre II, Livre 24bis.2, Volume 2, Diegem, Kluwer, 2006; J. MALHERBE, Y. DE CORDT, Ph. LAMBRECHT et Ph. MALHERBE, *Droit des sociétés – Précis*, 2^{ème} édition, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 614 et s.; Ch. RESTEAU, *Traité des sociétés anonymes*, tome II, 3^{ème} éd., Bruxelles, Swinnen, 1982, n° 968 et s.; S. O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, Bruxelles, Larcier, 1996; J. Fr. GOFFIN, *Responsabilités des dirigeants de sociétés*, 2^{ème} édition, Bruxelles, Larcier, 2004. H. OLIVIER et K. DEBOECK, *Vademecum des SPRL, gérants et associés*, Bruxelles, Creadif, 5^{ème} éd., 1997; P. NICAISE et K. DEBOECK, *Vademecum des sociétés coopératives*, Bruxelles, Creadif, 2^{ème} éd., 1995; P. VAN OMMESLAGHE, «Développements récents de la responsabilité en matière économique», in *L'évolution récente du droit commercial et économique*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1978, pp. 9 et s.; J. RONSE et S. LIEVENS, «L'administrateur des sociétés, la responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite, l'extension de la faillite au maître de l'affaire», *Les sociétés commerciales*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1985, n° 1; J.-L. FAGNART, «La responsabilité des administrateurs de la société anonyme», in J.-L. FAGNART, X. DIEUX et C. DALCQ, *La responsabilité des Associés, Organes et Préposés des Sociétés*, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, 1991, pp. 1 et s.; O. CAPRASSE, «La responsabilité civile professionnelle des administrateurs», *Act. dr.*, 1997, pp. 481 et s.; V. SIMONART, «La quasi-immunité des organes de droit privé», note sous Cass., 7 novembre 1997, *R.C.J.B.*, 1999, pp. 732 et s.; G. HORSMANS, «La transparence organique et fonctionnelle et la responsabilité des organes», in *Liber amicorum Walter Van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, pp. 553 et s.; P. KILESTE et C. STAUDT, «La responsabilité de l'administrateur et du réviseur d'entreprise dans les sociétés anonymes», in *Dernières évolutions en droit des sociétés*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 2003, pp. 3 et s.; E. HUPIN et B. DOCCQUIR, «Responsabilité des dirigeants d'entreprise: Nouvelles lois, nouveaux risques?», *Rev. prat. soc.*, 2003, pp. 337 et s.; X. DIEUX, «La responsabilité civile des administrateurs ou gérants d'une personne morale à l'égard des tiers: une révolution de velours», in *Mélanges John Kirkpatrick*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 225 et s.; V. SIMONART, «La théorie de l'organe», in *Liber amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 713 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, «La théorie de l'organe: évolutions récentes», in *Liber amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, pp. 765 et s.; P. DE WOLF, «Variations sur la responsabilité des administrateurs. Variations sur le thème du mandat», *DAOR*, 2005, liv. 74, pp. 95 et s.

(5) P. VAN OMMESLAGHE, «La théorie de l'organe: évolutions récentes», *op. cit.*, p. 765.

nisme de la représentation (6). L'acte de l'organe est donc l'acte de la société: il est matériellement accompli par l'organe; il est juridiquement posé par la société (7).

C'est en vertu de la *théorie de l'organe* que la société est responsable des actes et faits juridiques accomplis par ses organes. S'il est vrai que, sous réserve de l'application de la théorie de l'apparence (8), les administrateurs ou gérants n'engagent, en principe, la responsabilité de la société que dans la mesure où ils agissent dans l'exercice de leurs fonctions et dans les limites de leurs attributions (9), on constate que, dans le souci de protéger les tiers de bonne foi, le Code des sociétés met à charge de la société des actes dont elle aurait pu refuser d'assumer la responsabilité: les restrictions statutaires aux pouvoirs du conseil d'administration et la répartition éventuelle des tâches entre les administrateurs ne sont pas opposables aux tiers, fussent-elles publiées, et la société est liée par les actes accomplis par ses organes qui excèdent l'objet social, sauf si elle démontre que le tiers avait connaissance de ce dépassement d'objet social ou ne pouvait l'ignorer, sans que la publication des statuts soit décisive à cet égard (articles 552 et 526, articles 257 et 258 et article 407 CS) (10). Dans ces hypothèses, les administrateurs seront responsables pour infractions au Code ou aux statuts (voir *infra*).

Il résulte de la théorie de l'organe que la personne agissant en cette qualité n'engage, en principe, pas sa responsabilité personnelle pour les obligations – contractuelles ou extracontractuelles – créées dans l'exercice de ses fonctions. Si l'organe respecte la spécialité légale et la spécialité statutaire de la société, sa personnalité est, en principe, «absorbée» dans celle du groupement (11): l'organe est ainsi une partie intégrante – une excroissance – de la

(6) Sur cette théorie, voyez T. TILQUIN et V. SIMONART, *Traité des sociétés*, tome I, Diegem, Kluwer éditions juridiques, 1996, n° 995-1018, pp. 749 et s.; M. COIPEL, «Dispositions communes à toutes les sociétés commerciales», in *Répertoire notarial*, tome XII, livre II, Bruxelles, Larcier, 1982, n° 280 et s., pp. 184 et s.; V. SIMONART, «La quasi-immunité des organes de droit privé», *op. cit.*, pp. 752 et s.; V. SIMONART, «La théorie de l'organe», *op. cit.*, pp. 713 et s.

(7) G. HORSMANS, «La transparence organique et fonctionnelle et la responsabilité des organes», *op. cit.*, p. 558.

(8) Cass., 20 juin 1988, *R.C.J.B.*, 1991, p. 45, note R. KRUTHOF.

(9) Bruxelles, 30 mars 1983, *Rev. prat. soc.*, 1984, p. 31; Liège, 25 juin 1981, *Rev. prat. soc.*, 1982, p. 86, obs.

(10) B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen – statuut, interne werking en vertegenwoordiging*, Jan Ronse Instituut, Kalmthout, Biblo, 1996, p. 509.

(11) Cette idée d'«absorption» se retrouve dans les conclusions de M. le procureur général MESDACH DE TER KIELE sous Cass., 1^{er} décembre 1881, *Pas.*, I, p. 417 – citées par V. SIMONART, «La quasi-immunité des organes de droit privé», *op. cit.*, p. 753, note 87 mais aussi chez J. CARBONNIER, *Droit civil – Introduction, les Personnes*, 13^{ème} édition, Paris, P.U.F., 1980, n° 84, p. 390, qui l'emprunte à H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome II, 2^{ème} édition, Paris, Sirey, 1934, p. 792.

personne morale avec laquelle il fait corps et forme un tout indissoluble. «*Attendu que l'être moral ne peut agir qu'à l'intervention de personnes physiques, ses organes; que ceux-ci n'agissent en cette qualité et dès lors ne s'identifient avec l'être moral que s'ils restent dans les limites de leurs attributions*» (12). Aussi longtemps que les organes agissent en poursuivant le but fixé par la loi et les statuts et dans le cadre de leurs fonctions, les actes qu'ils posent, les faits qu'ils accomplissent et les fautes qu'ils commettent sont ceux de la société et ils engagent directement la responsabilité de celle-ci sur la base du contrat ou des articles 1382 et 1383 du Code civil.

La raison d'être de cette immunité de principe est de tempérer la naturelle aversion au risque des administrateurs et des gérants afin de les encourager, dans un contexte économique concurrentiel en constante mutation, à prendre, sans requérir – au moindre doute – l'accord réconfortant de l'assemblée générale, des décisions rapides et audacieuses, dont les enjeux sont importants pour la création de richesses dans l'intérêt général mais dont les effets bénéfiques ne sont *a priori* pas certains.

La question fondamentale est de savoir quelle est la portée exacte de cette théorie de l'organe, ce qui implique de s'interroger – comme l'ont fait la doctrine et la jurisprudence – sur l'étendue de cette construction juridique et sur sa *ratio legis*. Si l'on en assume toutes les conséquences logiques, ne devrait-on pas avoir l'intuition qu'à l'égard des tiers, seule la société engage sa responsabilité pour les fautes généralement quelconques commises par ses organes? Cependant la jurisprudence et la doctrine sont – à de rares exceptions près – réticentes à aller au bout de cette logique.

L'immunité «fonctionnelle» que pourrait conférer la théorie de l'organe est – en tout état de cause – compensée ou tempérée, dans certaines hypothèses légales d'interprétation stricte, par une responsabilité individuelle ou solidaire – parfois renforcée – des administrateurs et gérants.

3. Un mot sur les circonstances de la mise en cause de la responsabilité des dirigeants.

On réduit souvent, à tort, la mise en cause de la responsabilité des dirigeants à l'hypothèse où le curateur de la société faillie cherche par tous les moyens à trouver des liquidités permettant de désintéresser les nombreux créanciers. Il est vrai que l'action pour faute de gestion est une arme que le curateur manie avec une redoutable efficacité, d'autant plus qu'il s'agit d'un spécialiste ayant accès à tous les documents de la société faillie.

Il ne faut toutefois pas négliger les cas dans lesquels la responsabilité des dirigeants peut être invoquée durant la vie active et rentable de la société. La meilleure information des actionnaires et associés (13) peut les inciter à réagir plus souvent que ce n'était le cas dans le passé, où la responsabilité des administrateurs ou des gérants relevait davantage du mythe. Aujourd'hui encore, les dirigeants étant une émouvation de la majorité à l'assemblée générale, le risque que la société exerce une action sociale à leur encontre demeure très limité (14). Cela étant précisé, les tiers – de plus en plus combatifs – (fournisseurs, travailleurs, sous-traitants, ...) peuvent chercher à engager la responsabilité des dirigeants en cours de vie sociétaire et ils se révèlent de plus en plus combatifs ...

Eu égard au grand nombre de sociétés commerciales et à l'ampleur des missions des dirigeants d'entreprises, on peut s'étonner que la jurisprudence relative à leur responsabilité soit peu abondante. Quelle que soit la cause de cette rareté (passivité stratégique, réalisme ou complaisance des demandeurs potentiels...), l'existence de règles relatives à la responsabilité des dirigeants offre un double intérêt: elles constituent la base potentielle d'actions en justice qui sont toujours susceptibles de se multiplier et elles tracent une ligne de conduite à respecter par les dirigeants dans la mesure où la crainte d'une procédure à leur encontre les incite à être plus attentifs et plus scrupuleux dans l'exercice de leur mandat.

(13) Voyez notamment les articles 96, 274, 412 et 540 du Code des sociétés. A noter toutefois que le Code des sociétés restreint le droit des actionnaires d'obtenir des réponses à leurs questions dans la mesure où il permet désormais aux dirigeants de refuser de répondre si leur réponse est de nature à porter gravement préjudice à la société, aux actionnaires ou au personnel de la société.

(14) L'action sociale dépend d'une décision de l'assemblée générale qui est contrôlée par ceux qui cherchent à obtenir la décharge... L'introduction d'une action sociale peut cependant être envisagée par un actionnaire minoritaire (voir *infra*) ou lorsque prend fin la connivence entre les dirigeants et le groupe d'actionnaires majoritaires, ce qui peut être le cas lorsqu'un renversement de majorité s'opère suite à une offre publique d'acquisition ou à une cession de contrôle ne se réalisant pas sous une forme contractuelle.

(12) Cass., 31 mai 1957, *Pas.*, I, p. 1158.

TITRE I

LA RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS DANS LE CADRE DU CODE DES SOCIÉTÉS

4. Le présent titre est consacré à l'analyse des dispositions du Code des sociétés qui régissent la responsabilité des dirigeants. Après avoir défini les personnes responsables (section 1), nous distinguerons la responsabilité pour faute de gestion (section 2), la responsabilité pour infraction au Code et aux statuts (section 3), la responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite (section 4) et quelques cas de responsabilité particuliers (section 5), avant de traiter de diverses questions de procédure (section 6).

SECTION I

IDENTIFICATION DES PERSONNES RESPONSABLES

§ 1. Les administrateurs et les gérants en droit ou en fait

5. Les organes collégiaux tels que le conseil d'administration d'une SA, dont les membres ne constituent pas individuellement un organe, ne possèdent pas la personnalité juridique alors que les organes individuels – gérant d'une SPRL ou administrateur-délégué d'une SA – en jouissent. Aussi bien, lorsque la doctrine et la jurisprudence traitent – indifféremment – de la responsabilité des organes ou de la responsabilité des administrateurs ou des gérants, elles visent en réalité, selon les cas, la responsabilité de l'organe individuel ou celle des membres des organes collégiaux.

6. La responsabilité, qui est attachée à la fonction, concerne tout administrateur ou tout gérant, quels que soient son mode de désignation et les pouvoirs réels dont il dispose au sein de la société.

Ni, à l'évidence, l'indifférence (15), ni l'absence, ni l'incompétence, voire même le motif philanthropique pour lequel il aurait accepté sa mission ou la

(15) «Les administrateurs ne peuvent échapper à leur responsabilité en disant qu'ils ne s'occupaient pas de la politique de la société. En effet, les administrateurs doivent exercer eux-mêmes leur mandat et ne peuvent jamais se faire remplacer de manière permanente par un mandataire comme cela fut le cas en l'espèce. [...] C'est déjà en soi une faute grave de prêter son nom et, sans s'occuper effectivement de l'administration de la société, d'en confier totalement la gestion de fait à un mandataire» (Comm. Termonde (3^{ème} ch.), 6 décembre 1999, J.D.S.C., 2001, n° 315, p. 194; T.R.V., 2000, p. 40 et note; voyez également Gand (7^{ème} ch.), 8 février 2001, J.D.S.C., 2003, n° 508, p. 211 et note M.A. DELVAUX, «De l'administrateur responsable et de l'importance du lien de causalité»).

gratuité de son mandat ne pourraient limiter la responsabilité d'un administrateur ou d'un gérant (16). Ainsi, il a été jugé que l'obligation d'établir des comptes annuels est une obligation qui incombe aux administrateurs et qu'ils ne peuvent se dégager de leur responsabilité pour l'établissement de comptes annuels inexacts en invoquant qu'ils n'ont pas collaboré activement à l'établissement de ces comptes et que ceux-ci ont été rédigés par l'expert comptable de l'entreprise et vérifiés et approuvés par le réviseur (17).

Les administrateurs soumis aux pressions exercées par les actionnaires, sans rapport avec l'intérêt de la société, invoquent parfois le manque d'indépendance pour esquiver leurs responsabilités. Il en va ainsi des administrateurs désignés par les pouvoirs publics dans les sociétés que ceux-ci contrôlent et auxquelles ils portent un intérêt particulier ou des cadres d'une entreprise chargés d'occuper un siège au conseil d'administration d'une filiale. Ni pour ces cadres d'entreprise, ni pour les administrateurs publics n'existent des règles dérogatoires au droit commun (18). Leur responsabilité pourra être engagée, en fonction des circonstances. C'est au pouvoir judiciaire qu'il appartiendra d'apprécier celles-ci.

7. Eu égard à leur spécificité, certains administrateurs mériteraient un sort particulier.

La réglementation des conflits d'intérêts au sein des sociétés cotées a été refondue par la loi du 2 août 2002 (19), tout en préservant le pouvoir de

(16) O. RALET, *op. cit.*, p. 97 et J. Fr. GOFFIN, *op. cit.*, p. 312. Voyez notamment Liège, 1 décembre 1969, *Rev. prat. soc.*, 1971, p. 280; Anvers, 29 septembre 1981, *Rev. prat. soc.*, 1981, p. 89, n° 6180, note P.C.; voyez aussi sur ce point J.-L. FAGNART, «La responsabilité civile. Examen de jurisprudence (1968 à 1975)», *J.T.*, 1976, p. 591.

(17) Comm. Hasselt (4^{ème} ch.), 25 juin 2002, *J.D.S.C.*, 2004, n° 580, p. 234, et note M.A. DELVAUX, «C'est pas (que) moi, c'est (aussi) lui! Les fautes concurrentes, la responsabilité solidaire ou *in solidum*, l'intervention d'un garant: autant de voies utiles au fautif pour limiter sa part de responsabilité et la facture finale?», *T.R.V.*, 2003, p. 81 et note J. VANROYE.

(18) La situation des administrateurs publics a spécialement requis l'attention de la doctrine. Celle-ci est généralement d'avis qu'il faut veiller à sauvegarder le sens des responsabilités de tous les administrateurs, quels que soient les actionnaires qu'ils représentent; le conseil d'administration forme un collège et toute différenciation fondamentale entre ses membres irait à l'encontre des principes élémentaires d'une saine gestion sociétair. L'écueil à éviter est la création artificielle d'une caste d'intouchables, la mise en place d'une République des féodalités... (M.-L. STEINGERS, «Le statut légal des administrateurs publics», *J.T.*, 1980, p. 576).

(19) K. GEENS et M. WYCKAERT, «La nouvelle réglementation relative aux conflits d'intérêts au sein d'un groupe de sociétés: vers le développement d'un droit belge de groupe de sociétés?», in *Corporate governance – Loi du 2 août 2002*, Colloque Vanham & Vanham, 24 octobre 2002; M. CALUWAERTS, «Conflits d'intérêts et droit des groupes», in *Dernières évolutions en droit des sociétés*, Bruxelles, Ed. Jeune barreau, 2003, pp. 161 et s.; D. SZA...

décision du conseil d'administration. L'article 524 comporte une réglementation qui s'applique à toute décision ou opération d'une société cotée qui vise les relations entre les sociétés du groupe auquel la société cotée appartient (à l'exception des relations entre la société cotée et ses filiales). Il vise donc moins les conflits d'intérêts purs et simples que les relations intra-groupe, qu'il encadre dans une optique de défense des intérêts des actionnaires minoritaires de la société cotée belge.

Si l'article 524 soumet toujours les décisions ou opérations qui tombent dans son champ d'application à l'appréciation d'administrateurs «indépendants», mais cette indépendance ne s'apprécie plus uniquement au regard de l'opération envisagée mais de manière plus objective et fonctionnelle, au regard des critères énoncés par la disposition légale. Les administrateurs indépendants doivent au moins répondre à des critères fonctionnels, personnels et financiers et, en tout état de cause, «n'entretenir aucune relation avec une société qui est de nature à mettre en cause leur indépendance» (article 524, § 4, al. 2, 4°). L'article 524 s'inscrit dès lors nettement dans les techniques actuelles de *corporate governance* et, même si la loi ne prévoit pas directement la désignation obligatoire d'administrateurs indépendants au sein des sociétés cotées, cette disposition aura pour effet que la plupart des sociétés belges cotées désigneront, *in tempore non suspecto*, trois administrateurs indépendants au sein de leur conseil d'administration (20).

Le recours à des administrateurs indépendants, auxquels le législateur a attribué, dans un contexte de promotion de l'actionnariat salarié (21), le rôle de «gardiens des intérêts de l'entreprise, y compris des travailleurs et des autres stakeholders» (22), a introduit, dans la structure moniste belge, un «*dualisme fonctionnel*» (23), qui distingue, au sein d'un même organe, la fonction de gestion de celle de surveillance. L'intervention des administrateurs indépendants permet de fournir un avis préalable objectif au conseil d'administra-

.../...

FRAN, «Les conflits d'intérêts au sein des groupes de sociétés et la notion d'administrateur indépendant», in A. PUTTEMANS (coord.), *Actualités en droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. et s.

(20) La désignation d'administrateurs indépendants avait été recommandée par la Bourse de Bruxelles et par la Fédération des Entreprises de Belgique. Par ailleurs, la Commission bancaire et financière a encouragé la mise en œuvre de pratiques de rapportage concernant les usages et les règles de *corporate governance*.

(21) J. MALHERBE et Y. DE CORDT, «La participation des travailleurs au capital et aux bénéfices des sociétés. Aspects de droit des sociétés», in *La participation des travailleurs au capital et aux bénéfices des sociétés – Commentaires de la loi du 22 mai 2001*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 205 et s.

(22) *Doc. parl.*, Ch. Repr., sess. 2000-2001, n° 50 1211/001, p. 24.

(23) V. MAGNIER, *Rapprochement des droits dans l'Union européenne et viabilité d'un droit commun des sociétés*, Paris, L.G.D.J., 1999, n° 715.

tion, qui reste libre d'agir comme bon lui semble. Cependant, on peut raisonnablement s'attendre à ce que, éclairés par un avis rendu par des administrateurs indépendants, assistés d'un expert indépendant, les administrateurs ne marquent pas leur accord avec des opérations qui entraîneront manifestement un appauvrissement de la société ou seront fortement contraires à ses intérêts. Le «*dualisme fonctionnel*» est consacré, de manière institutionnelle, par le Code Lippens, qui formule de nombreuses recommandations à cet égard. Il prône une séparation nette des responsabilités entre, d'une part, la responsabilité de la conduite du conseil d'administration et, d'autre part, la responsabilité exécutive de la conduite des activités de la société, la même personne ne pouvant exercer à la fois la présidence du conseil d'administration et la fonction de *Chief Executive Officer*. Le Code Lippens requiert que le conseil d'administration comporte au moins autant d'administrateurs non-exécutifs qu'exécutifs (24) – un administrateur étant «non-exécutif» lorsqu'il ne se charge d'aucune responsabilité exécutive dans la société – et que trois administrateurs non-exécutifs au moins doivent être indépendants (règle 2.2). Selon le Code Lippens, aucun administrateur individuel ou groupe d'administrateurs ne peut dominer la prise de décisions dans le conseil d'administration. Dans les prises de décisions, l'indépendance de jugement est requise de tous les administrateurs, quels qu'ils soient. Le Code Lippens reconnaît que, tout en faisant partie du même organe collégial, les administrateurs exécutifs et les administrateurs non-exécutifs ont un rôle spécifique et complémentaire à jouer dans le conseil d'administration.

Au sens du Code Lippens, l'indépendance doit exister vis-à-vis de la société elle-même, de ses actionnaires de contrôle et de leur management et vis-à-vis du management de la société. Elle implique que l'administrateur ne peut pas entretenir avec ces parties de relations d'affaires, de relations familiales ou autres, qui révéleraient un conflit d'intérêts ou qui, de toute autre manière, pourraient influencer son avis indépendant (règle 2.3). L'annexe A explicite ces critères d'indépendance, qui sont inspirés du document de consultation relatif au projet de recommandation de la Commission européenne (25). Ces critères d'indépendance coïncident en partie avec les critères légaux de l'article 524 mais diffèrent néanmoins sur plusieurs points.

Malgré sa valeur de compromis, le système hybride du «*dualisme fonctionnel*» expose les administrateurs indépendants aux risques de mise en cause de leur responsabilité. Le problème se pose également, au demeurant, pour les administrateurs «non-exécutifs». En effet, les articles 527 et 528 du Code ne

(24) Nihil.

(25) Recommandation de la Commission du 15 février 2005 concernant le rôle des administrateurs non-exécutifs et des membres du conseil de surveillance des sociétés cotées du conseil d'administration ou de surveillance (2005/162/CE). *J.O.*, 25.02.2005, L.52.

font *a priori* aucune distinction entre les membres du conseil d'administration et il appartiendra au juge de prendre en considération la nature de la fonction des uns et des autres au moment d'apprécier l'existence d'une faute de gestion dans leur chef ou d'admettre un renversement de présomption en cas d'infraction au Code des sociétés ou aux statuts (26). Certains plaident dès lors, à juste titre, pour que la responsabilité des administrateurs indépendants, qui se limitent à superviser et à influencer, soit strictement circonscrite en fonction de leurs missions spécifiques (27). La jurisprudence en matière de responsabilité des dirigeants devrait être réceptive au dualisme «fonctionnel» – instauré par le Code Lippens – qui implique une «asymétrie de fait» entre les administrateurs exécutifs et les administrateurs non-exécutifs, inhérente à la nature de leurs missions respectives. La prise en considération par la jurisprudence de cette distinction sera plus aisée si le Code Lippens est adopté comme code de référence par le législateur.

8. Ceux qui *exercent en fait* la fonction d'administrateur ou de gérant, sans avoir été désignés par l'organe compétent de la société, s'exposent à la même responsabilité que leurs homologues de droit (28).

Il est difficile de définir quand commencent l'immixtion dans la gestion et l'exercice en fait des pouvoirs réservés aux administrateurs ou aux gérants. Selon P. Van Ommeslaghe et X. Dieux, une personne peut être qualifiée de mandataire de fait lorsque «sans avoir été régulièrement investie des pouvoirs nécessaires à cette fin, (elle s'est) effectivement comportée comme un administrateur, en prenant, seule ou avec d'autres, des décisions ressortissant à l'administration de la société au sens de l'article 54 des lois coordonnées (devenu 522 du Code des sociétés), que seul l'organe d'administration aurait pu prendre. Il faut en outre que, par leur répétition ou en raison de toutes autres circonstances spécifiques à constater par le juge, ces décisions impliquent l'existence dans le chef de la personne en cause de la véritable maîtrise des affaires sociales, en fait» (29). On peut ajouter que cette maîtrise doit être exercée en totale indépendance (30).

(26) X. DIEUX, «Corporate Governance»: W. Kent v. Lenôtre, in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 209.

(27) E. WYMEERSCH, "European Company Law and Corporate Governance: Quo vadis? – Closing remarks", *Rabel Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2005/4, p. 793.

(28) Cass., 2 décembre 1963, *Rev. prat. soc.*, 1965, p. 13; Anvers, 28/04/1997, *T. Not.*, 1997, p. 521.

(29) P. VAN OMMEFLAGHE et X. DIEUX, «Les sociétés commerciales - examen de jurisprudence (1979-1990)», *R.C.J.B.*, 1993, p. 793, n° 130.

(30) O. POELMANS, «L'affaire des 'Forges de Clabecq' et le droit de la faillite», note sous Bruxelles (8^{ème} ch.), 1^{er} mars 1997, *D.A.O.R.*, n° 43, p. 78, qui se réfère à un arrêt de la Cour

...

Selon un arrêt de la Cour d'appel de Liège, ne sont pas des «administrateurs de fait» les membres d'un «comité de direction et de surveillance» (31) qui ne prennent pas d'initiative, ne signent pas de documents, ne jouissent d'aucune délégation de pouvoir et dont les interventions extérieures se placent uniquement dans le cadre de bons offices (32). Par ailleurs, le simple fait pour un associé de déposer le bilan de la société alors que celle-ci n'a plus de gérant ne suffit pas à permettre de le considérer comme dirigeant de fait (33). En revanche, est bien un dirigeant de fait, celui qui a seul les contacts avec la clientèle, établit et signe les devis et contrats, fixe les prix, dirige et surveille le personnel, a la signature de tous les comptes et peut opérer tout transfert de fonds, se fait verser, outre un appointement fixe, une commission et ce, sans être couvert par une décision préalable de la gérance, un vote de l'assemblée générale ou une convention, s'attribue des frais de transport auxquels il n'a pas droit et est seul compétent pour prendre les décisions importantes de la vie sociale (34).

La qualification d'administrateur ou gérant de fait suppose que l'immixtion dans la gestion intervienne sans aucun fondement légal ou contractuel. Certains contrats impliquent, en effet, une telle immixtion: «la notion même de contrat de franchise suppose une nécessaire ingérence du franchiseur dans les affaires du franchiseur puisque le franchiseur doit mettre à la disposition du franchiseur un savoir-faire, une assistance, des conseils de gestion ou de production que les seules forces du franchiseur ne lui permettent pas d'obtenir»

...

d'appel de Bruxelles du 14 septembre 1988 (*R.D.C.*, 1989, p. 171 et note; *T.R.V.*, 1989, p. 55 et note J. LIEVENS) en ces termes: «la Cour rappelle d'abord que la qualité d'administrateur de fait apparaît lorsque quelqu'un, en toute indépendance et liberté, réellement et de manière positive, a pris en main l'administration de la société par la fixation de la politique commerciale et de l'organisation du personnel, la conclusion de contrats, l'achat de matériel, la participation à l'administration technique et administrative et le fait de contracter des emprunts. Les abstentions et les négligences pas plus que les suggestions, les conseils et la surveillance légale (par exemple comme fournisseur de crédit ou comme caution) ne suffisent pour caractériser une administration de fait». O. POELMANS signale que le délégué d'une organisation syndicale organisant la poursuite des activités dans le cadre d'une occupation d'usine n'agit pas en qualité d'indépendant puisqu'il reste dans les liens de subordination l'unissant à son syndicat; il ne peut donc être considéré comme administrateur de fait ni tenu responsable des désordres de la gestion (*Comm. Liège*, 17 mai 1983, *Jur. Liège*, 1983, p. 449 et note P. FRANÇOIS).

(31) Le comité dont il était ici question n'était pas - encore - un «comité de direction» au sens de l'article 524bis CS, qui a légalisé, moyennant le respect de certaines conditions, cette pratique ancienne qui consistait à créer des comités en marge de la loi.

(32) Liège, 1^{er} décembre 1969, *Rev. prat. soc.*, 1971, pp. 280 et s. et spéc. p. 289.

(33) Liège (7^{ème} ch.), 17 décembre 1996, *J.D.S.C.*, 2000, n° 204, p. 250; *J.L.M.B.*, 1998, p. 583. Cette décision a réformé *Comm. Namur*, 20 novembre 1995, *Rev. prat. soc.*, 1996, p. 349 et note M. DE WOLF.

(34) *Comm. Bruxelles* (4^{ème} ch.), 30 mars 1981, *J.T.*, 1981, p. 524.

(35). Le franchiseur ne peut dès lors être qualifié d'administrateur ou gérant de fait du franchiseur que lorsqu'il prend «des initiatives dépassant le cadre contractuel de la franchise, en posant des actes que n'auraient pu poser que les administrateurs, par exemple en signant des documents, en assistant aux réunions du conseil d'administration, en donnant directement des instructions au personnel, en imposant des prix à la revente, etc... aliénant ainsi la nécessaire indépendance que doit pouvoir conserver la société franchisee» (36).

Les personnes appelées à conseiller ou à surveiller une société – telles que les banquiers ou les fournisseurs exclusifs – doivent donc se garder de franchir la frontière qui sépare l'avis ou l'observation de la prise de décision. Il a été jugé que le banquier qui exerce un contrôle étroit sur la gestion en payant les factures du crédit sur la base de pièces justificatives remises par le crédit et en exigeant que certaines décisions impliquant une utilisation des crédits octroyés soient soumises à son accord préalable ne peut être qualifié d'administrateur de fait (37).

9. L'article 524bis CS dispose, en ce qui concerne les SA, que les statuts peuvent autoriser le conseil d'administration à déléguer ses pouvoirs de gestion à un comité de direction composé de plusieurs personnes, administrateurs ou non. Cette délégation ne peut toutefois porter sur «la politique générale de la société ou sur l'ensemble des actes réservés au conseil d'administration en vertu d'autres dispositions de la loi». Le conseil d'administration assume une obligation de surveillance du comité de direction. La loi du 2 août 2002 a complété les articles 527 et 528 du Code des sociétés afin d'élargir aux membres du comité de direction la responsabilité pour faute de gestion et pour violation du Code ou des statuts sociaux. Dans l'attente d'une jurisprudence spécifique à leur égard, les hypothèses susceptibles d'engager la res-

(35) D. MATRAY, «Introduction générale», in *Le contrat de franchise*, CDVA Liège, 29 septembre 2000, Bruylant, 2001, p. 8.

(36) Mons (1^{ère} ch.), 13 janvier 2003, *J.D.S.C.*, 2004, n° 588, p. 264 et obs. M.A. DELVAUX, *DAOR*, 2002, liv. 64, p. 377. Le premier juge avait considéré le franchiseur comme administrateur de fait de son franchisee et avait été condamné dans le cadre de l'action en comblement de passif.

(37) Comm. Bruxelles, 3 avril 2001, *J.D.S.C.*, 2004, n° 587, p. 261 et note M.A. DELVAUX «L'action en comblement de passif: qui peut l'introduire? contre qui?». Ce jugement cite O. RALET, *op. cit.*, pp. 69 et 70, n° 46; J. Fr. GOFFIN, *op. cit.*, pp. 86 à 89, n° 50. De même, la désignation par un banquier d'un expert indépendant chargé de surveiller les travaux ne le transforme pas en administrateur de fait. Les banques ne sortent pas de leur rôle de bailleur de fonds en imposant aux crédits des mesures de contrôle technique adaptées à la mesure du crédit et destinées à assurer une surveillance normale de celui-ci (Comm. Bruxelles, 3 avril 1984, *Rev. prat. soc.*, 1984, p. 184).

pensabilité des dirigeants peuvent, selon nous, être étendus *mutatis mutandis* aux membres du comité de direction.

§ 2. La personne morale administrateur ou gérant et son représentant permanent

10. L'article 61, § 2 du Code des sociétés prévoit expressément que la personne morale administrateur d'une société (38) doit désigner un *représentant permanent*, personne physique chargée de l'exécution de cette mission, qui encourt les mêmes responsabilités (civile et pénale) que si elle exerçait cette mission en nom et pour compte propre, sans préjudice de la responsabilité solidaire de la personne morale représentée (39). Les tiers peuvent ainsi réclamer la réparation de l'intégralité du dommage soit à la personne morale administrateur, soit à la personne physique exerçant la mission de gestion (40).

L'objectif poursuivi par le législateur a été d'éviter qu'une personne physique puisse éluder sa responsabilité de dirigeant en faisant nommer à sa place, au poste d'administrateur, une société qu'elle contrôle et derrière laquelle elle se dissimule (41).

A première vue, l'intérêt d'administrer une société par le biais d'une personne morale afin de masquer sa responsabilité personnelle semble avoir disparu avec l'entrée en vigueur du nouveau régime. Toutefois, cette affirmation doit être nuancée en l'absence de sanctions spécifiques du non respect de l'obligation de désignation. Il est, en pratique, tout à fait possible que certaines sociétés négligent de désigner un représentant permanent, ce qui engage leur responsabilité pour violation de la loi mais pourrait éviter à la personne phy-

(38) Qu'il s'agisse de l'administrateur de SA, du gérant de SPRL ou de SCRL, ou du membre du comité de direction d'une SA. Par contre, la personne morale déléguée à la gestion journalière ne doit pas désigner un représentant permanent (*Doc. Parl.*, Chambre, sess. ordin., 2001-2002, n° 1211/14, pp. 241 et 244).

(39) Sur le statut, le rôle et la responsabilité du représentant permanent, voyez O. CAPRASSE, «Personne morale administrateur et comité de direction» publié dans *DAOR*, 2002/64, pp. 328 et s. et C. EYBEN, «Le représentant permanent: une fonction qui mérite réflexion», *Rev. prat. soc.*, 2003, pp. 131 et s.

(40) Si le représentant est un employé de la société, il ne peut voir sa responsabilité personnelle engagée qu'en cas de faute volontaire, de faute grave ou de faute légère habituelle. Dans cette hypothèse, la personne morale demeure responsable tant en sa qualité d'administrateur, d'une part, que d'employeur sur pied de l'article 1384, alinéa 3, du Code civil, d'autre part. Les travaux préparatoires indiquent que la loi nouvelle ne porte pas atteinte aux règles de responsabilité appliquées dans le droit du travail et ils citent précisément l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 (*Doc. Parl.*, Chambre, sess. ordin., 2001-2002, n° 1211/1, pp. 11 et 12).

(41) *Doc. Parl.*, Chambre, sess. ordin., 2001/2001, n° 1211/001, pp. 9, 11 et 12.

sique exerçant le mandat d'administrateur de voir sa responsabilité personnelle engagée. En effet, l'article 61, § 2, n'étend la responsabilité qu'au *représentant permanent*. Si la personne physique exerçant le mandat de gestion au nom de la société administrateur n'a pas été formellement désignée *représentant permanent*, on pourrait soutenir que la responsabilité renforcée ne peut lui être appliquée. En ce sens, le régime antérieur à l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2002 conserverait un intérêt certain pour la personne physique administrateur qui souhaiterait limiter sa responsabilité. Cette position indulgente à l'égard du représentant permanent «*de fait*», qui n'a pas été désigné «*officiellement*», paraît toutefois critiquable: en représentant la personne morale sans avoir été expressément désignée comme représentant permanent, la personne physique participe à la violation de la loi, ce qui est susceptible d'engager sa responsabilité. En outre, on pourrait considérer qu'elle est un «*représentant permanent de fait*», qui engage sa responsabilité comme si elle avait été officiellement désignée, de la même manière que l'administrateur de fait engage sa responsabilité dans les mêmes conditions que l'administrateur de droit.

Sur le plan pénal, l'article 61, § 2 du Code des sociétés déroge au régime de «*cumul/décumul*» des responsabilités pénales de la société commerciale et de la personne physique, instauré par le nouvel article 5, al. 2 du Code pénal (42). En effet, cette disposition implique que le représentant permanent de la personne morale administrateur encourt les mêmes responsabilités sur le plan pénal que s'il exerçait lui-même la mission de gestion en nom et pour compte propre. Il peut donc être poursuivi pénalement (i) pour une infraction commise involontairement alors même qu'il n'a pas commis la faute la plus grave et (ii) pour une infraction commise sciemment et volontairement sans que le juge ait le choix de ne condamner qu'une des deux personnes, la société administrateur ou son représentant permanent. Le texte légal invite à considérer le représentant permanent comme l'auteur direct de l'infraction, indépendamment de la société administrateur qui l'a désigné. Ce nouveau régime aggrave substantiellement la responsabilité de la *personne physique* agissant dans le cadre d'une société commerciale puisque l'application de l'article 5, al. 2 du Code pénal lui permettait auparavant, dans de nombreuses hypothèses, d'échapper à toute responsabilité pénale. Ce nouveau régime aggrave également la responsabilité pénale de la *société administrateur* car il semble diffi-

(42) L'article 5, al. 1^{er} du Code pénal dispose que toute personne morale est pénalement responsable des infractions qui sont intrinsèquement liées à la réalisation de son objet ou à la défense de ses intérêts, ou de celles dont les faits concrets démontrent qu'elles ont été commises pour son compte. Aux termes de l'alinéa 2, «*Lorsque la responsabilité de la personne morale est engagée exclusivement en raison de l'intervention d'une personne physique identifiée, seule la personne qui a commis la faute la plus grave peut être condamnée. Si la personne physique identifiée a commis la faute sciemment et volontairement, elle peut être condamnée en même temps que la personne morale responsable*».

cile d'admettre que l'on puisse faire, au profit de la société, une application simultanée des articles 61, § 2 du Code des sociétés et 5, al. 2 du Code pénal. En ce qui concerne cette influence de l'article 61, § 2 sur la responsabilité pénale, nous renvoyons au rapport d'H. Bosly.

§ 3. Les délégués à la gestion journalière

11. La gestion journalière d'une SA ou d'une SCRL est fréquemment confiée à un *administrateur*, qui prend le nom d'administrateur délégué et est alors soumis, pour l'ensemble des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions, aux responsabilités qui pèsent sur les administrateurs. Mais la loi permet, dans les SA (article 525, al. 1 CS), et n'interdit pas, dans les SCRL (43), que cette gestion journalière soit déléguée à quelqu'un qui n'a pas la qualité d'administrateur, par exemple, à un directeur.

Depuis un arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 1981 (44), qui a renversé la position traditionnelle (45), la *gestion journalière* peut être, en tant que

(43) Une grande liberté contractuelle est reconnue par la loi pour organiser la gestion journalière de la coopérative; à titre supplétif, c'est-à-dire à défaut de stipulation particulière dans les statuts, l'article 378 du Code des sociétés (article 146, 3^o des L.C.S) précise qu'elle est administrée par un administrateur.

(44) Cass., 22 janv. 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 543, *J.T.*, 1981, p. 342, *J.C.B.*, 1981, p. 343, obs., *J.D.S.C.*, 1999, n° 29, p. 88, *R.C.J.B.*, 1981, p. 500, note S.J. NUDELHOLE, «Délégation à la gestion journalière de la société anonyme et contrat d'emploi». «Attendu que de la seule circonstance que le directeur d'une société qui n'est pas administrateur de celle-ci, n'exerce pas d'autres fonctions que celle de délégué à la gestion journalière, il ne peut être déduit que le contrat qui le lie à la société n'est pas un contrat d'emploi» (nous soulignons). Voyez, dans le même sens, J. CLESSE et M. JAMOULLE, *op. cit.*, n° 3, p. 568. M. JAMOULLE, *op. cit.*, n° 153, p. 205.

(45) Doctrine et jurisprudence considéraient que l'exercice de la gestion journalière était exclusif d'un état de subordination et, partant, d'un contrat de travail, et qu'il ne pouvait se concevoir que comme mandataire (Voyez, en ce sens, Cass., 8 oct. 1979, *J.T.T.*, 1980, p. 59; M. JAMOULLE, *Le contrat de travail*, Fac. Dr. Lg., 1982, t. I, n° 153, p. 205; J. CLESSE et M. JAMOULLE, «Le contrat de travail. Examen de jurisprudence 1978 à 1981», *R.C.J.B.*, 1983, n° 4, p. 569). En conséquence, on estimait que, si la gestion journalière était déléguée à un non-administrateur, celui-ci et la société étaient liés par deux contrats: un mandat pour l'exercice de la gestion journalière et un contrat d'emploi pour les fonctions de directeur (Voyez, sur ce point, N. BEAUFILS, «Contrat de travail, mandat social», *J.T.T.*, 1981, p. 213; Trib. trav. Bruxelles, 6 novembre 1987, *J.T.T.*, 1988, p. 103). Pour que ces deux conventions – compatibles – puissent être cumulées en fait, le directeur-gérant journalier devait accomplir comme employé des tâches techniques ou administratives distinctes de celles qui lui incombent comme délégué à la gestion journalière. Dans l'exercice de ses fonctions d'employé, il devait se trouver dans un lien de subordination vis-à-vis de la société (C. trav. Liège, 9 février 1972, *Rev. prat. soc.*, 1973, p. 217; voyez aussi C. trav. Liège, 4 mars 1982, *J.T.T.*, 1983, p. 9; Mons, 8 février 1988, *Pas.*, 1988, II, p. 125; Bruxelles, 21 juin 1988, *J.T.T.*, 1989, p. 308; ...).

telle, l'objet d'un contrat d'emploi. Ainsi, le directeur qui n'est pas en même temps administrateur et qui exerce la gestion journalière dans le cadre d'un contrat d'emploi peut invoquer, à son profit, les limitations de responsabilité prévues au bénéfice des employés (article 18 de la loi du 3 juillet 1978). Un pas supplémentaire a été franchi par un arrêt du 28 mai 1984 (46): si, dans son premier arrêt, la Cour de cassation considérait que la fonction d'administrateur délégué ne pouvait s'exercer dans le cadre d'un contrat d'emploi, à peine de violer les dispositions légales relatives à la révocabilité des administrateurs (47), elle admet, dans l'arrêt de 1984, qu'un administrateur puisse être chargé de la gestion journalière dans le cadre d'un contrat d'emploi.

La loi sur les sociétés n'a pas prévu, pour les SPRL, de délégué à la gestion journalière. Dans cette forme sociétaire, le principe est la gestion individuelle: chaque gérant peut poser tous les actes d'administration et de disposition liés à l'accomplissement de l'objet social, sauf ceux que la loi réserve à l'assemblée générale (article 257, al. 1 CS); les gérants disposent dès lors de pouvoirs concurrents, que ce soit au niveau de la gestion interne de la société ou de sa représentation externe (48). On peut donc douter a priori de l'opportunité de recourir à cette notion de délégation journalière dans le cadre des SPRL.

.../...
J. CLESSE, «Examen de jurisprudence. Contrat de travail», *R.C.J.B.*, 1988, p. 241). Si la responsabilité du directeur-gérant journalier était mise en cause, il fallait vérifier en quelle qualité le comportement incriminé avait été accompli pour appliquer, le cas échéant, les règles correspondantes. En qualité de délégué à la gestion journalière, il répondait de sa faute légère tant sur le plan contractuel que sur le plan délictuel ou quasi délictuel. Il avait en outre la qualité d'organe, ce qui permettait aux tiers, le cas échéant, d'invoquer la responsabilité directe et personnelle de la société, l'acte accompli étant censé être celui de la société. En qualité de directeur, les limitations de responsabilité prévues par l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 pouvaient être invoquées: la société et les tiers n'obtenaient satisfaction qu'en démontrant l'existence d'un dol ou d'une faute lourde ou le caractère habituel d'une faute légère.
(46) Cass., 28 mai 1984, *Pas.* 1984, I, p. 1172, *Arr. Cass.*, 1983-1984, p. 1252, *Bull.* 1984, p. 1172, *R.W.*, 1984-1985, p. 333, *J.D.S.C.*, 1999, n° 30, p. 90 et obs. P. KILESTE et C. BERTSCH. Dans le même sens, voyez Cass. (3^{ème} ch.), 30 mai 1988, *Rev. dr. soc.*, 1988, p. 293: «l'administrateur est lié par un contrat de travail lorsqu'il assure la gestion journalière sous l'autorité d'un organe, d'un autre administrateur ou d'un préposé de la société».
(47) Pour les SA, voyez l'article 518, §3 CS stipulant que les administrateurs sont toujours révocables par l'assemblée générale. Pour les SPRL, l'article 256, al. 2 prévoit que les pouvoirs des gérants sont révocables en tout ou en partie pour motifs graves. Aucune disposition similaire n'existe pour les SCRL.
(48) M. COIPEL, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, op. cit., n° 280, pp. 244-245. Dans la pratique cependant, les statuts organisent parfois une gestion collégiale, par le biais d'un conseil de gérance ou d'un collège de gestion, qui ne peut comporter que des gérants (et non un directeur de la société par exemple). La clause statutaire relative à ce mode de gestion est inopposable aux tiers, quand bien même elle aurait fait l'objet d'une publication aux Annexes du Moniteur belge (article 257, al. 2, CS). Quant à la représentation externe de la SPRL,

.../...

§ 4. La fin de la mission de gestion et de la responsabilité

12. Désigné par les statuts ou nommé par l'assemblée générale, le dirigeant qui est en désaccord avec le conseil d'administration et veut éviter de participer à des décisions susceptibles d'engager sa responsabilité peut *démissionner* à tout moment. Sa démission ne peut toutefois intervenir «à contretemps», c'est-à-dire à un moment où elle porterait préjudice à la société (49). Dans certains cas, l'administrateur qui souhaiterait démissionner doit donc poursuivre sa mission jusqu'à ce qu'il soit remplacé. La démission peut, au demeurant, être fautive si elle constitue une fuite et un abandon de pouvoir aux mains d'administrateurs dont le démissionnaire désapprouve les méthodes (50). L'assemblée générale doit prendre acte de la démission intervenue, qui doit être publiée au Moniteur belge (article 74, 2^oa CS), et veiller si nécessaire au remplacement du démissionnaire (51).

L'assemblée générale qui n'accepte plus la manière de gérer de l'administrateur ou du gérant peut également décider de le *révoquer*.

Enfin, le mandat de gestion prend fin au *terme fixé*, si le dirigeant n'est pas reconduit dans ses fonctions.

Jusqu'à quel moment la responsabilité du dirigeant peut-elle être engagée?

— A l'égard de la société, la démission, acte unilatéral et non formaliste, la révocation et l'échéance du terme du mandat ont un effet immédiat. Elles libèrent le dirigeant de toute responsabilité pour les conséquences préjudiciables d'un acte fautif ou d'une omission fautive future du conseil d'administration. Le dirigeant demeure évidemment tenu à l'égard de sa mandante de la gestion antérieure à la fin de sa mission, même si le dommage ne se produit qu'ultérieurement (52), mais il ne peut voir sa responsabilité engagée pour les actes ou omissions fautifs postérieurs à la fin de sa mission.

.../...

les statuts peuvent également prévoir des modalités particulières dérogeant au principe légal de la signature reconnue à chaque gérant (ex.: nécessité de la signature de trois gérants) et cette clause statutaire est opposable aux tiers si elle a été publiée aux Annexes du Moniteur belge (article 257, al. 3 CS).

(49) Par exemple, lorsque sa démission entraîne une réduction du nombre de membres du conseil d'administration en deçà du minimum légal ou statutaire.

(50) Liège, 8 mai 2003, *DAOR*, 2003, liv. 65, p. 70, qui ajoute que l'administrateur sur le départ doit justifier sa décision auprès de l'assemblée générale et dénoncer les faits précis qui motivent sa décision.

(51) Comme y encourage M. Coipel, il serait opportun que, dans le silence du Code, les statuts prévoient expressément les modalités selon lesquelles s'opère la démission. Ainsi, il peut être utile de prévoir un délai dans lequel l'assemblée générale doit se réunir et pourvoir au remplacement du démissionnaire; à défaut, celui-ci se trouve totalement dépendant de la société, qui peut tarder à désigner un nouveau gestionnaire, avec la lourde responsabilité que cela implique (M. COIPEL, «Les sociétés privées à responsabilité limitée», *Rép. Not.*, Tome XII, Livre IV, et Larcier, 1997, n° 296, p. 261).

.../...

– A l'égard des tiers, démission et révocation ne produisent leurs effets qu'à compter de la publication aux annexes du Moniteur belge (article 76, al. 2 CS), à moins que les tiers en aient eu connaissance avant cette publication. La Cour d'appel de Bruxelles a ainsi jugé que le gérant «ne peut, au seul motif qu'il a donné sa démission, se désintéresser du sort de la société jusqu'à son remplacement. Jusqu'à ce remplacement, il conserve, en principe, la possibilité et l'obligation de faire l'aveu de la faillite si les conditions lui paraissent réunies» (53).

En ce qui concerne l'échéance du terme, il convient de poser quelques distinctions. La durée du mandat des dirigeants déjà choisis et inscrits dans l'acte constitutif de la société est opposable aux tiers par le biais de la publication de cet acte constitutif. De même, si la durée du mandat est précisée dans l'acte de nomination des dirigeants qui est publié aux annexes du Moniteur belge, elle est opposable aux tiers. Dans ces deux hypothèses, la fin du mandat est opposable de plein droit aux tiers sans formalité ou publication complémentaire, la nomination à durée déterminée ayant déjà fait l'objet d'une publication. Cependant, l'article 69, 9° du Code des sociétés n'impose pas que la durée du mandat soit publiée en même temps que le nom des dirigeants et l'indication de leurs pouvoirs. Si cette durée n'a pas été publiée d'initiative, et même si l'article 74, 2°, a ne l'exige pas expressément (54), il est indispensable de publier l'arrivée du terme et la fin corrélatrice du mandat pour la rendre opposable aux tiers. Généralement, la publication de l'arrivée du terme du mandat se fait concurremment avec la publication de la nomination ou la prolongation de mandat.

Pour assurer une plus grande sécurité juridique, il est conseillé de procéder à la publication systématique de toute cessation de fonctions d'un dirigeant, quelle qu'en soit sa cause.

SECTION 2

LA RESPONSABILITÉ POUR FAUTE DE GESTION

13. Aux termes de l'article 527 du Code des sociétés, «les administrateurs, les membres du comité de direction et les délégués à la gestion journalière...

(52) Dans l'hypothèse où le dirigeant aurait poursuivi sa mission de gestion après sa démission ou sa révocation, on note que sa faute engagerait sa responsabilité comme administrateur de fait.

(53) Bruxelles, 24 février 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 408, p. 191 et obs. M.A. DELVAUX, *Juristenkrant* 2000 (reflet D. BLOMMAERT), liv. 20, p. 4; *Rev. prat. soc.* 2000, 258, note W. DERIJCKE.

(54) La «cessation des fonctions» qui doit être publiée selon cette disposition vise uniquement les hypothèses de démission et de révocation, et non celle de l'arrivée du terme fixé (P. HAINAUT-HAMENDE et G. RAUCQ, *Les sociétés anonymes*, T. I, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 471, n° 370).

lière sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion» (55). Les administrateurs et les gérants assument, à l'égard de la société, l'obligation de la gérer comme des professionnels actifs, loyaux et compétents qui analysent attentivement les situations et osent prendre les décisions et les risques que comporte toute activité économique. Les administrateurs ou gérants ne peuvent invoquer la théorie de l'organe pour s'exonérer de leur responsabilité à l'égard de la société gérée.

La faute de gestion consiste en un mauvais exercice du mandat d'administrateur (56). En effet, «le fait d'invoquer une faute de gestion à charge des administrateurs revient en définitive à considérer qu'ils n'ont pas correctement rempli leur mandat et qu'ils n'ont pas géré la société au mieux de ses intérêts» (57).

L'intérêt social (58) joue donc un rôle dans l'appréciation de la faute. Pour rappel, selon une première conception, l'intérêt social s'identifie à l'intérêt commun des associés évoqué à l'article 19 CS. Pour ceux qui veulent mettre l'accent sur le long terme et la continuité, l'intérêt social correspond à tout le moins à l'intérêt des actionnaires actuels et futurs. Enfin, la société commerciale étant, par excellence, la structure juridique de l'entreprise, une troisième tendance considère que l'intérêt social recouvre également les intérêts externes à la société, c'est-à-dire ceux de ses partenaires («stakeholders»), qui collaborent avec la société, parmi lesquels les travailleurs, les créanciers, voire la région économique. Dans le domaine de la responsabilité des administrateurs et de l'évaluation de leurs comportements, la conception large de l'intérêt social n'est pas le critère idéal d'appréciation. Le débat doit dès lors être centré sur la poursuite de l'intérêt propre de la société commerciale, qui consiste à assurer sa stabilité, sa continuité et son développement. Cela ne signifie évidemment pas qu'une société puisse évoluer dans l'ignorance totale des effets de ses activités sur les tiers: elle doit agir sans abuser de ses droits et dans le respect de ses obligations légales ou contractuelles. Cette conception doit toutefois être nuancée en ce qui concerne les groupes de sociétés. La défense des intérêts du groupe peut amener les dirigeants d'une

(55) Article 262 pour les SPRL et article 408, al. 1 pour les SCRL.

(56) J.-L. FAGNART, «La responsabilité des administrateurs de la société anonyme», in J.-L. FAGNART, X. DIEUX et Chr. DALCQ, *La responsabilité des associés, organes et préposés des sociétés*, 1991, Bruxelles, Ed. Jeune Barreau, p. 1.

(57) O. RALET, *Responsabilités des dirigeants de société*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 90; E. HUPIN et B. DOCQUIR, «Responsabilité des dirigeants d'entreprise: Nouvelles lois, nouveaux risques?», *op. cit.*, p. 337.

(58) A. FRANÇOIS, *Het vennootschapsbelang in het Belgische vennootschapsrecht*, Antwerpen, Intersentia Rechtswetenschappen, 1999; Y. DE CORDT, *L'égalité entre actionnaires*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. et s.

société membre d'un groupe à sacrifier les intérêts de celle-ci ou à adopter des décisions qui ne paraissent pas répondre à ses intérêts immédiats. En effet, une partie de la jurisprudence et de la doctrine estime que, dans le cas particulier des sociétés faisant partie d'un groupe, les intérêts légitimes du groupe peuvent entrer en considération. Il faut toutefois, lors de l'appréciation de l'intérêt du groupe, que soient vérifiés: (i) l'existence effective d'un groupe structuré en vue d'une politique économique commune, avec des avantages pour les sociétés membres du groupe; (ii) l'absence de volonté de sacrifier purement et simplement un membre; (iii) l'équilibre entre les sacrifices imposés à une société membre et les avantages qu'elle peut retirer de son appartenance au groupe (59).

Le critère pour apprécier la faute, acte positif ou abstention, est celui de l'administrateur normalement diligent et compétent. La faute de gestion consiste «dans tout manquement à l'obligation que les administrateurs ont de gérer, suivant le mandat qu'ils ont reçu de la société, les intérêts de cette dernière en bon père de famille, c'est-à-dire en apportant à cette gestion tous les soins, toute la diligence avec lesquels un chef de famille est censé administrer le patrimoine familial. Elle peut être constituée par un fait positif, par une omission ou par une négligence» (60).

(59) Voyez Bruxelles, 16 juin 1981, *Rev. prat. soc.*, 1981, p. 145 et Comm. Liège, 13 octobre 1981, *Rev. prat. soc.*, 1982, p. 45. Voyez également G. KEUTGEN, «Les groupes en regard du droit des sociétés», in *Les groupes de sociétés*, Faculté de droit de Liège, C.V.D.A., 1973, pp. 120 et s.; P. VAN OMMESSLAGHE, «Rapport général», in *Les droits et devoirs des sociétés mères envers leurs filiales*, Anvers, Kluwer, 1986, p. 77 et s.; M. MARECHAL, «Sur l'abus de majorité dans les groupes de sociétés», note sous Bruxelles, 9 octobre 1984, *Rev. prat. soc.*, 1986, pp. 57 et s.; L. CORNELIS, «De aansprakelijkheid van bestuurders van vennootschappen in groepverband», in *Aspect des groupes d'entreprises*, Anvers, Kluwer, 1989, p. 161; P. VAN OMMESSLAGHE et X. DIEUX, «Les sociétés commerciales, Examen de jurisprudence (1979 à 1990)», *R.C.J.B.*, 1992, p. 631; V. SIMONART, «Le contrat de management. Aspects de droit des obligations et de droit des sociétés», *R.D.C.*, 1991, p. 1058; E. WYMEERSCH, «L'article 60 et le droit belge des groupes de sociétés», *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 651, n° 23; A. FRANCOIS, «Het wankle evenwicht tussen vennootschap en groepsbelang», *T.R.V.*, 1994, p. 221; N. THIRION, «Délocalisation d'une division de l'entreprise et l'intérêt social», *Rev. prat. soc.*, 1996, p. 84, n° 31. Une filiale dont l'activité reste économiquement viable ne pourrait pas se voir imposer d'arrêter ses activités en vue de favoriser le développement d'une autre société du groupe, même si cette décision peut paraître économiquement justifiée au niveau de l'ensemble du groupe vu les économies d'échelle et les perspectives commerciales (voyez O. RALET, *op. cit.*, p. 92). Voyez également, en droit français, l'arrêt fondateur de la jurisprudence française Cass. Crim., 4 février 1985, Rozenblum, *Rev. soc.*, 1985, p. 648, note B. BOULOC et Q. ORBAN, «La «communauté d'intérêts», un outil de régulation du fonctionnement du groupe de sociétés», *R.T.D. Com.*, 2000, pp. 1 et s. (60) *Etude sur la question de l'action sociale et de l'action individuelle des actionnaires dans les sociétés anonymes*, Centre d'étude des sociétés anonymes, 1937, Bruxelles, p. 24, citée par P. DE WOLF, «Variations sur la responsabilité des administrateurs. Variations sur le thème du mandat», *op. cit.*, p. 97.

La faute la plus légère de l'administrateur ou du gérant (*culpa levissima in abstracto*) suffit à engager sa responsabilité. Mais la faute doit être appréciée en tenant compte des faits ou circonstances qui auraient dû être connus des administrateurs au moment où ils ont décidé ou agi, et non en tenant compte d'hypothétiques événements postérieurs (61). Le tribunal écartera donc l'appréciation *a posteriori*, fondée sur l'évolution du cours des événements (62). Le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation substantiel pour stigmatiser un comportement ou une abstention. Il est largement admis que les dirigeants sociaux disposent d'une «marge de manœuvre» dans la prise de décision et dans la gestion de la société. Dans les limites de cette marge, ils ont le choix entre plusieurs décisions qui, bien que n'étant pas les meilleures, ne peuvent être considérées comme déraisonnables. Une simple erreur d'appréciation ou de jugement ne constitue donc pas nécessairement une faute (63). Certains auteurs évoquent, dans ce contexte, l'«appréciation marginale» du juge (64) – version plus subjective et abstraite que la *business judgment rule* anglo-saxonne –, même si l'application correcte des principes généraux d'appréciation de la faute est suffisante en soi pour circonscrire le rôle du juge (65). Le juge appréciera dès lors les décisions et actions des administrateurs sans pouvoir – tout comme l'expert qu'il aurait éventuellement désigné – substituer son opinion personnelle sur ce qui aurait été judicieux ou raisonnable de faire ou décider (66).

L'obligation de bien gérer n'entraîne pas la responsabilité pour toute erreur d'appréciation, d'opinion ou de décision. Ainsi, même en cas de non-respect d'une norme légale autre que le Code des sociétés, il faut, pour conclure à l'existence d'une faute de gestion, avoir égard au contenu et à la portée de la norme violée, aux circonstances juridiques et économiques dans lesquelles elle n'a pas été respectée et aux motivations profondes des administrateurs. Si la norme dont la société est le destinataire n'a pas été respectée, non pour favoriser les administrateurs et les gérants, mais dans l'intérêt de la société elle-même, parce que celle-ci se trouvait dans une sorte d'état de nécessité ou pour lui procurer un avantage économique, et si la norme laissait, par son caractère technique, flou, ambigu ou imprécis, une marge d'appréciation im-

(61) J. RONSE et S. LIEVENS, *op. cit.*, t. II, n° 10, p. 193.

(62) L'omission d'une précaution dont l'expérience seule a démontré l'importance ne peut être considérée comme fautive (Mons, 6 février 1979, *Rev. prat. soc.*, p. 75 obs. P. COPPENS).

(63) Mons, 20 mai 1985, *Rev. prat. soc.*, 1985, p. 268.

(64) J. RONSE, «Marginale toetsing in het privaatrecht», *T.P.R.*, 1977, p. 207.

(65) Voyez O. RALET, *Responsabilité des dirigeants de sociétés*, 1996, Bruxelles, Larcier, p. 78 et I. CORBISIER, «Quelques réflexions en filigrane des développements récents qu'a connus le droit de la responsabilité des administrateurs d'une personne morale», *Rev. prat. soc.*, 1994, p. 67.

(66) Sur ce point, voyez O. RALET, *op. cit.*, pp. 77 à 81; J. Fr. GOFFIN, *op. cit.*, pp. 103 à 108; J. RONSE et S. LIEVENS, *op. cit.*, n° 11, p. 194.

portante à son destinataire, l'existence d'une faute de gestion dans le chef des administrateurs n'est pas évidente. Dans ce cas de figure, ce n'est parfois qu'*a posteriori* que l'acte s'avère illégal et que les sanctions infligées à l'entreprise ont pour effet de «confisquer» les avantages que cet acte était censé lui procurer. L'attitude de la société et de ses actionnaires – plus ou moins pressants et convaincants – peut également être prise en considération.

Le droit positif peut être perméable aux règles issues de l'autorégulation. Les recommandations en matière de *corporate governance*, dont l'objet est d'optimiser la gestion des sociétés commerciales en se fondant sur les principes d'intégrité, de transparence, d'indépendance et de responsabilité, peuvent être des sources du droit, notamment en tant qu'usages reconnus comme sources formelles de droit en matière économique ou que «standards» de comportement pour des dirigeants normalement prudents et diligents. Le juge peut alors s'y référer, dans le cadre de son appréciation marginale de la légitimité des décisions et de la responsabilité des administrateurs, plutôt que de prendre le risque de déterminer lui-même les bonnes pratiques. Les cours et tribunaux ont déjà reconnu et consacré des normes de *soft law* (règles professionnelles, contrats type ou nés de la pratique) en se fondant sur les notions de bonne foi, de «manque de prudence» ou de «conduite raisonnable et équitable» (67). On pourrait également concevoir que certaines recommandations soient intégrées dans les statuts et deviennent ainsi obligatoires (67bis).

14. On cite traditionnellement les exemples suivants de faute de gestion (68):

- l'octroi de crédit à des personnes notoirement insolvables ainsi que l'octroi de crédit ou de délais de paiement sans garantie suffisante, spécialement s'il s'agit de crédit accordé à un administrateur, gérant, commissaire ou cadre de la société concernée;

(67) X. DIEUX, «Corporate governance». De la loi du 2 août 2002 au «Code Lippens», J.T., 2005, pp. 58 et s.

(67bis) Voir infra la section 3 consacrée à la responsabilité pour violation du Code et des statuts.

(68) Sur des exemples de faute de gestion, voyez de façon générale, Ch. RESTEAU, *op. cit.*, t. II, n° 959 à 961, pp. 199 à 204; J.-M. DE BACKER et O. RALET, *op. cit.*, n° 56, pp. 65 et 66; Cl. PARMENTIER, *op. cit.*, n° 2, p. 743; C. del MARMOL, *Droit commercial terrestre*, cahier n° 8, La société anonyme, Libr. Univ. F. Gothier, 1979, p. 102; voyez aussi, pour d'autres exemples tirés de la jurisprudence, notamment Comm. Leuven, 9 janvier 1990, T.R.V., 1990, p. 459; Comm. Charleroi (réf.), 11 juillet 1989, J.L.M.B., 1989, p. 959; Bruxelles, 1er février 1982, J.D.S.C., 2000, n° 198, p. 236 et note M. CALUWAERTS, *Rev. prat. soc.*, 1982 et note; Bruxelles, 16 juin 1981, J.D.S.C., 1999, n° 49, p. 138, *Rev. prat. soc.*, 1981, p. 145; Comm. Bruxelles, 27 juin 1973, *Rev. prat. soc.*, 1974, p. 164.

- la conclusion d'un contrat avec un entrepreneur non enregistré;
- le défaut de poursuite d'un débiteur avec une diligence suffisante;
- le défaut de surveillance d'un délégué à la gestion journalière ou d'un comptable (69);
- la conclusion d'opérations à des conditions désavantageuses pour la société sans motif ou la réalisation de dépenses exorbitantes ou inconsidérées;
- la non-exécution, en temps utile, de formalités nécessaires, telles le renouvellement d'une inscription hypothécaire ou d'une police d'assurance, le renouvellement d'un bail commercial, ...;
- le défaut de prendre les mesures utiles pour assurer, dans les délais, l'exécution d'un contrat de fournitures ou, à tout le moins, pour limiter les conséquences de son inexécution;
- la conclusion d'opérations hasardeuses (70) ou d'opérations en devises étrangères purement spéculatives excédant l'objet social et sans tenir compte de la volonté du conseil d'administration et des actionnaires (71);
- la déclaration de faillite sans disposer du pouvoir de le faire, avec information des clients et des fournisseurs par télécopie et le fait de ne plus accomplir de prestations liées à la gestion (72);
- le défaut de comptabilisation de la créance de la société à l'égard d'un administrateur sur son compte courant et le non respect corrélatif des obligations à l'égard des contributions (73);
- la rédaction de factures comportant des mentions inexactes quant au nom et à l'adresse des personnes concernées, ce qui s'identifie à une infraction à la législation TVA dont l'administrateur d'une société commerciale est responsable à l'égard de la société (74).

15. Chaque administrateur ou gérant ne répond que de sa faute personnelle: la société doit démontrer la faute spécifique de celui ou de ceux qu'elle assigne. Aussi bien, les administrateurs ou gérants ne seront-ils tenus ensemble de la totalité du dommage invoqué par la société que s'ils ont ensemble commis la faute qui a causé le dommage global.

(69) Voyez notamment Bruxelles, 1 février 1982, J.D.S.C., 2000, n° 198, p. 236 et note M. CALUWAERTS, *Rev. prat. soc.*, 1982, p. 219 et note.

(70) Civ. Liège, 25 février 1966, *Jur. Liège*, 1965-1966, p. 243.

(71) Comm. Courtrai (5^{ème} ch.), 19 février 2003, J.D.S.C., 2004, n° 576, p. 218; T.R.V., 2003, p. 417 et note J. VANANROYE.

(72) Comm. Courtrai (5^{ème} ch.), 19 février 2003, *op. cit.*

(73) Gand, 25 juin 1999, JDSC, 2002, n° 402, p. 164 et obs. M.A. DELVAUX.

(74) Gand, 24 octobre 2000, J.D.S.C., 2002, n° 403, p. 168 et note M.A. DELVAUX, «La déduction fiscale comme charge professionnelle de l'indemnisation versée par un dirigeant à la victime de sa faute – société ou tiers – dans le cadre de sa responsabilité civile: bref aperçu», F.J.F., 2001, p. 108 et *Fisc. Act.*, 2000 (reflet DESTERBECK F.), liv. 38, p. 7.

Si un administrateur est en désaccord avec une décision du conseil d'administration, il doit faire acter son opinion dissidente dans le procès-verbal et demander, lors de l'assemblée générale, que ce point soit mentionné à l'occasion du vote sur la décharge.

Confrontés aux critiques et aux pressions croissantes des actionnaires et soumis à leurs analyses minutieuses, les administrateurs prennent de plus en plus souvent la précaution de recourir à des consultants externes pour conforter certaines décisions quant à l'opportunité de choix stratégiques ou quant à l'évaluation des prix de transactions.

16. La faute de gestion étant une *faute contractuelle*, l'action fondée sur celle-ci est réservée exclusivement à la société, ce qui suppose soit une décision de l'assemblée générale (action sociale), soit une action minoritaire, soit une initiative du curateur, sous sa «casquette» de représentant de la société, ou du liquidateur. Les tiers ne peuvent donc introduire ce type d'action, sauf s'ils l'intendent en lieu et place de la société qui reste en défaut d'agir (action oblique) (75). A propos de la question de savoir si la faute de gestion peut simultanément constituer une faute quasi délictuelle, nous renvoyons à la contribution de Messieurs Philippe et Gathem.

SECTION 3

LA RESPONSABILITÉ POUR VIOLATION DU CODE DES SOCIÉTÉS OU DES STATUTS

17. L'article 528 du Code des sociétés stipule que «*les administrateurs sont solidairement responsables, soit envers la société, soit envers les tiers, de tous dommages et intérêts résultant d'infractions aux dispositions du présent code ou des statuts sociaux*» (76). «*Quand les administrateurs font sortir la société des bornes qui limitent son existence, ils ne peuvent plus invoquer le bénéfice de l'irresponsabilité personnelle, ils ont eux-mêmes répudié le fondement de cette immunité*» (77).

(75) Article 1166 du Code civil. A condition toutefois que l'assemblée générale n'ait pas préalablement donné décharge. Si toutefois cette décharge avait été donnée pour nuire aux créanciers, ceux-ci auraient alors le droit de faire déclarer nulle la délibération ainsi intervenue et d'intenter l'action (action paulienne, article 1167 du Code civil). Quant à l'intérêt réduit de l'action oblique que pourraient exercer les tiers ayant une créance envers la personne morale contre les administrateurs et gérants, voyez V. SIMONART, «La quasi-immunité des organes de droit privé», *op. cit.*, pp. 749 et 771.

(76) Article 263, al. 1 pour les SPRL et article 408, al. 2 pour les SCRL.

(77) J. GUILLERY, *Commentaire législatif*, II, n° 51, p. 124.

A l'égard de la société et des tiers, les administrateurs et les gérants doivent, d'une part, veiller au respect des dispositions contenues dans le Code des sociétés – en ce compris les dispositions relevant du droit comptable (78) – et, d'autre part, s'assurer du respect des dispositions statutaires, qui constituent la «charte» de la société. Les administrateurs ont précisément été nommés pour agir conformément au cadre légal et au régime spécifique mis en place par les actionnaires et poursuivre la réalisation de l'objet social qui est la raison d'être de la société. L'institution sociétaire doit exister et fonctionner selon le prescrit légal et les administrateurs assument à cet égard une obligation solidaire de résultat. Il faut se montrer intransigeant à cet égard. On ne se situe plus seulement au niveau du mandat contractuel confié aux dirigeants, mais plus largement au niveau du respect des «règles du jeu» sociétaire.

L'introduction dans le Code d'obligations comptables a eu un impact non négligeable sur la responsabilité des administrateurs et gérants pour violation de la loi. Sont, en effet, englobées dans le Code des dispositions comptables auxquelles ne renvoyait pas l'article 77 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales. La responsabilité des dirigeants peut également être engagée pour la violation des dispositions du Code civil et de toute autre législation désormais intégrée dans le nouveau Code.

On imagine dès lors le champ important qui s'ouvre à la mise en cause de la responsabilité civile des dirigeants et commissaires de sociétés pour violation du *présent Code* (79); curieusement, l'ampleur de cette aggravation de la responsabilité civile a été largement ignorée dans l'exposé des motifs, seule une vision partielle, et même minime, du changement opéré y étant présentée (80).

(78) A cet égard, la commission européenne propose d'instaurer une responsabilité collective des membres des organes d'administration, de gestion et de surveillance pour les états financiers ainsi que pour les informations non financières clefs, et de promouvoir la transparence des relations intragroupes et des transactions avec des parties liées (proposition de directive du parlement et du conseil du 27 octobre 2004 modifiant la directive 78/660/CEE du conseil concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés et la directive 83/349/CEE du conseil concernant les comptes consolidés).

(79) Par exemple, l'article 110 du Code consacre l'obligation pour toute société mère d'établir des comptes consolidés ainsi qu'un rapport de gestion sur ces comptes consolidés lorsqu'elle contrôle une ou des filiale(s). Si auparavant aucune conséquence n'était attachée par les L.C.S. à la violation de cette exigence introduite par arrêté royal (article 7 de l'A.R. du 6 mars 1990 (I) relatif aux comptes consolidés des entreprises, *M.B.*, 27 mars 1990, p. 5675), la situation est bien différente désormais puisque la responsabilité civile des dirigeants défaillants pourra être engagée.

(80) Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., 1998-1999, n° 1838/1, pp. 49, 50, 72 et 101.

18. Dès que la violation du Code ou des statuts est établie, la faute existe mais la société (ou le curateur la représentant après la faillite) doit encore établir le dommage qu'elle invoque et le lien de causalité entre la faute et le dommage, qui est souvent difficile à démontrer (81). Le Code instaure une *présomption d'imputabilité*: la violation de la loi ou des statuts est présumée être le fait de tous les administrateurs, solidairement (82).

Cette disposition est sévère dans la mesure où elle instaure un renversement de la charge de la preuve. Pour s'exonérer de toute responsabilité, l'administrateur doit établir trois éléments cumulatifs (articles 263, al. 2, 408, al. 3 et 528, al. 2 CS):

- il n'a pas participé à l'infraction (absence à la réunion du conseil,...);
- il n'a pas commis de faute (son absence n'était pas fautive: maladie,...) (83);
- il a dénoncé l'infraction à l'assemblée générale la plus proche.

Si la décharge est valablement votée (84), elle peut mettre fin à la responsabilité encourue par les administrateurs ou les gérants à l'égard de la société, sauf le cas de l'intentement d'une action minoritaire. La décharge est cependant dépourvue d'effet à l'égard des tiers (voir *infra*).

19. On peut citer comme exemples de violations du Code ou des statuts qui engagent la responsabilité des dirigeants:

(81) Voyez Civ. Huy (3^{ème} ch.), 18 novembre 2004 (*J.D.S.C.*, 2005, n° 663, p. 168 et obs. M.A. DELVAUX): le tribunal considère que la faute commise par l'administrateur qui n'a pas assuré la mise en concordance des statuts de la SCRL gérée aux nouvelles exigences en matière de capital fixe minimum imposées par la loi du 20 juillet 1991 ne présente pas de lien causal avec le dommage dont le curateur postule réparation puisque la décision de liquider la société a été prise dans le délai reconnu par la loi pour adapter les statuts.

(82) Rappelons ici la notion de *faute commune*, à savoir l'hypothèse dans laquelle plusieurs personnes commettent une faute ensemble, en contribuant à produire un fait dommageable, celles-ci étant alors condamnées *solidairement* à réparer la totalité du dommage causé. Le Code des sociétés présume que la violation du Code ou des statuts est une *faute commune* des dirigeants. Les deux arrêts fondateurs de cette notion sont les suivants: Cass., 25 juin 1955, *Rev. prat. soc.*, 1956, p. 189 et concl. du Procureur général Hayoit de Termicourt et Cass., 15 février 1974, *R.C.J.B.*, 1975, p. 229 et note J.-L. FAGNART, *R.W.*, 1973-1974 et conclusions de Mr le Premier avocat général Dumon.

(83) Mons, 20 mai 1985, *J.D.S.C.*, 2000, p. 232 et note M. CALUWAERTS, *Rev. prat. soc.*, 1985, p. 261: «Attendu qu'aucun administrateur ne peut tirer argument de son absence à des réunions, alors qu'en raison de ses fonctions il aurait dû y assister, et encore moins de son incompétence, qui aurait dû lui dicter de ne pas accepter une telle fonction».

(84) La décharge peut être invalidée lorsque le bilan contenait une lacune ou une tromperie dissimulant la situation réelle de la société ou lorsque les actes accomplis en-dehors des statuts ou en contravention avec le Code n'ont pas été spécialement indiqués dans la convocation (voyez *infra* et les articles 284, al. 2, 411, al. 2 et 554, al. CS).

- l'absence ou le retard dans la publication des actes et décisions soumis à publication, tels les nominations d'administrateur ou les comptes annuels (85);
- le refus de convoquer l'assemblée générale quand un cinquième des actionnaires ou associés en fait la demande (85bis);
- la violation des règles de comptabilité, qui ne se limitent plus à celles édictées par la loi du 17 juillet 1975 relative à la comptabilité et aux comptes annuels des entreprises ou ses arrêtés d'exécution;
- la participation par un administrateur à une délibération dans laquelle il a un intérêt opposé à celui de la société (86);
- le fonctionnement irrégulier des organes de la société, caractérisé, par exemple, par le défaut de réunion du conseil d'administration ou l'absence de convocation de l'assemblée générale, ou encore par la violation des restrictions statutaires aux pouvoirs de gestion du conseil d'administration ou par l'utilisation des fonds ou du crédit de la société à des fins étrangères à l'objet social;
- la non-adaptation des statuts aux nouvelles exigences légales en matière de capital minimum (87);
- la décision de se faire verser une rémunération en violation des statuts (88);
- la liquidation de la société sans décision préalable de l'assemblée générale (89);
- la mise en gage du fonds de commerce pour une dette personnelle du gérant (90).

(85) Gand (23^{ème} ch.), 17 octobre 2001, *J.D.S.C.*, 2004, n° 579, p. 230; *DAOR*, 2002, liv. 63, p. 300; *R.D.C.*, 2002, p. 703.

(85bis) En ce qui concerne les SARL et les SA, les articles 268 et 532 du Code prévient cette obligation. Quant aux sociétés Coopératives, les statuts peuvent prévoir une telle obligation en adaptant la proportion applicable.

(86) Articles 259 et 523 du Code des sociétés; voyez *infra*.

(87) Sur cette question, voyez M.A. DELVAUX, «Les sociétés coopératives qui n'ont pas adapté leur capital aux nouvelles exigences de la loi du 20 juillet 1991: quelles protections pour les tiers?», *R.D.C.*, 1998, p. 588 et s.; voyez également Comm. Charleroi, 10 septembre 1997 et Liège (7^{ème} ch.), 18 novembre 1997 dans *J.D.S.C.*, 1999, pp. 226 à 230, aux n° 89 et 90. Voyez par exemple Civ. Gand (3^{ème} ch.), 25 février 2003, *J.D.S.C.*, 2004, n° 577, p. 225 et obs. M.A. DELVAUX, *Courr. Fisc.*, 2003 (reflet), p. 370, note X; Comm. Bruxelles (5^{ème} ch.), 22 octobre 2002, *J.D.S.C.*, 2004, n° 578, p. 227 et obs. M.A. DELVAUX, *D.A.O.R.*, 2002, liv. 63, p. 293.

(88) Gand (23^{ème} ch.), 17 octobre 2001, *J.D.S.C.*, 2004, n° 579, p. 230; *DAOR*, 2002, liv. 63, p. 300; *R.D.C.*, 2002, p. 703.

(89) Gand (23^{ème} ch.), 17 octobre 2001, *op. cit.*

(90) Gand (7^{ème} ch.), 8 février 2001, *J.D.S.C.*, 2003, n° 508, p. 211 et note M.A. DELVAUX, «De l'administrateur responsable et de l'importance du lien de causalité».

Pourrait également engager la responsabilité des administrateurs et des gérants le non respect de l'article 95 du Code des sociétés qui leur impose d'établir un rapport de gestion. Or, l'article 96, qui en définit le contenu (91), a été complété par la loi du 13 janvier 2006: le rapport de gestion doit ainsi comporter «un exposé fidèle sur l'évolution des affaires, les résultats et la situation de la société, ainsi qu'une description des principaux risques et incertitudes auxquels elle est confrontée». Cette analyse équilibrée et complète doit être en rapport avec le volume et la complexité des affaires de la société et, dans la mesure nécessaire à la compréhension, elle doit comporter des indicateurs clés de performance de nature financière et non financière ayant trait à l'activité spécifique de la société, notamment des informations relatives aux questions d'environnement et de personnel. En outre, quant à l'utilisation des instruments financiers par la société, le rapport doit, lorsque cela est pertinent pour l'évaluation de sa situation financière, exposer les objectifs de la société en matière de gestion des risques financiers et décrire les risques qu'elle court quant au prix, au crédit, aux liquidités et à la trésorerie.

N'a pas été reconnue comme une violation du Code ou des statuts engageant la responsabilité des dirigeants la non-exécution partielle de mesures de recapitalisation projetées et proposées par des réviseurs (92).

SECTION 4

LA RESPONSABILITÉ POUR FAUTE GRAVE ET CARACTÉRISÉE AYANT CONTRIBUÉ À LA FAILLITE (93)

20. La responsabilité des administrateurs ou des gérants peut être recherchée pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite de la société.

(91) Le rapport doit fournir des données sur les événements importants survenus après la clôture de l'exercice ainsi que des «indications sur les circonstances susceptibles d'avoir une influence notable sur le développement de la société, pour autant qu'elles ne sont pas de nature à porter gravement préjudice à la société». Il doit également comporter des indications relatives aux activités en matière de recherche et de développement et à l'existence de succursales de la société. Lorsque le bilan révèle une perte reportée ou que le compte de résultats fait apparaître pendant deux exercices successifs une perte de l'exercice, une justification de l'application des règles comptables de continuité doit figurer dans le rapport.

(92) Comm. Charleroi, 4 octobre 1996, *J.D.S.C.*, 2000, n° 185, p. 193; *R.D.C.*, 1999, p. 283.

(93) Nous n'examinons pas, dans le cadre de cette section, la problématique de l'extension de la faillite au maître de l'affaire. Sur cette question, voyez P. COPPENS, «La faillite personnelle du maître de la société», *Rev. prat. soc.*, 1967, p. 195 et s.; P. COPPENS, «L'extension de faillite au maître de la société» in *Idées nouvelles dans le droit de la faillite*, IV^e journées d'études juridiques Jean Dabin, p. 185 et s.; Y. DUMON et F. MAUSSION, «Propos sur la notion d'extension de faillite et sur les mesures analogues en droit belge et en droit comparé», *J.C.B.*, 1974, p. 180; P.A. FORIERS, F. MAUSSION et L. SIMONT, «L'abus de pouvoirs ou de fonctions en droit commercial belge», *L'abus de pouvoirs ou de fonctions*, Travaux de

.../...

En cas de faillite de la société et d'insuffisance de l'actif et s'il est établi qu'une faute grave et caractérisée dans leur chef a contribué à la faillite, tout administrateur ou gérant – actuel ou ancien – ainsi que toute autre personne qui a effectivement détenu le pouvoir de gérer la société, peuvent être déclarés personnellement obligés, avec ou sans solidarité, de tout ou partie des dettes sociales à concurrence de l'insuffisance d'actif (articles 265, al. 1, article 409, al. 1 et 530 CS).

Ce fondement de responsabilité, instauré par le législateur pour «marquer la responsabilité personnelle des dirigeants maladroits ou aventureux» (94), permet de condamner les dirigeants à couvrir les dettes de la société, en tout ou en partie, avec ou sans solidarité (95), à concurrence de l'insuffisance d'actif. Cette aggravation de la responsabilité permet aux tiers de retenir des fautes qui ne s'identifient pas nécessairement à une violation de la loi ou des statuts, mais à une faute de gestion qu'ils ne peuvent reprocher aux dirigeants en cours de vie sociétaire (95bis).

Cette source de responsabilité ne s'applique pas si la société en faillite est une SPRL ou une SCRL qui a réalisé, au cours des trois derniers exercices qui précèdent la faillite, un chiffre d'affaires moyen inférieur à 620.000 € hors T.V.A., et si le total du bilan, au terme du dernier exercice, n'a pas dépassé

.../...

l'association Henri Capitant, Journées grecques, t. XXVIII, 1977, pp. 166 et 167; H. BRAECKMANS, «Toerekening van het vennootschapsfaillissement aan de achterman of de uitbreiding van het faillissement tot de meester van de zaak», *R.W.*, 1978-1979, col. 850; du même auteur: «Toerekening van het faillissement aan de achterman meer dan zes maanden na de faillietverklaring van de vennootschap», *R.W.*, 1980-81, col. 1798-1799; P.-A. FORIERS, «Observations sur le contrat de prête-nom et la théorie des extensions de faillite», *J.T.*, 1980, p. 417 et s.; F. T'KINT, «L'extension de faillite», *R.C.J.B.*, 1981, p. 49; M. CLAES, «De l'extension de la faillite d'une société à son dirigeant», *Rev. b. compt.*, 1981, afl. 4, pp. 14-17; P. COLLE, «Is de uitbreiding van het vennootschapsfaillissement tot de meester van de zaak juridisch verantwoord?», *R.W.*, 1982-1983, col. 1697; J. RONSE et J. LIEVENS, *La responsabilité des administrateurs et gérants après la faillite – l'extension de la faillite au maître de l'affaire*, Les sociétés commerciales, Jeune Barreau, 1985, p. 185 et s.; K. BYTTEBIER, «Enige beschouwingen over de zin en onzin van de beperkte aansprakelijkheid», *D.A.O.R.*, 1994, n° 30, p. 66.

(94) P. COPPENS et F. T'KINT, «Les faillites, les concordats et les privilèges, Examen de jurisprudence (1984-1990)», *R.C.J.B.*, 1991, p. 492. Dans le même sens, voyez M. COIPEL, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, 2^{ème} éd., Larcier, 1997, n° 317-1 et les références citées et J.-Fr. GOFFIN, *op. cit.*, n° 132, et les références citées.

(95) Le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire pour condamner solidairement ou non les administrateurs, en tenant compte par exemple de la répartition des tâches entre dirigeants ou de l'incidence de leurs fautes respectives sur la faillite (Comm. Charleroi, 16 décembre 1998, *J.D.S.C.*, 2002, n° 413, p. 209, *R.D.C.*, 2000, p. 642).

(95bis) Nous renvoyons à la contribution de D. PHILIPPE et G. GATHEUR quant aux subtilités de la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers sur la base du droit commun.

370.000 € (96). Le chiffre d'affaires visé par cette disposition est celui réalisé par la société «au cours des trois exercices ayant précédé la faillite». C'est aux administrateurs ou gérants qu'il appartient d'établir que la société qu'ils gèrent entre dans les conditions fixées (97), et non au demandeur d'établir le contraire (98). Malgré quelques égarements de la jurisprudence (99), il nous paraît certain que les dirigeants d'une société déclarée en faillite dans les trois premières années de son existence ne peuvent bénéficier de cette faveur car ils ne peuvent établir qu'au cours des trois exercices précédant la faillite, le chiffre d'affaires moyen était inférieur à 620.000 €. D'éventuelles tentatives d'estimer le chiffre d'affaires et le total du bilan de telles sociétés par projections ou par de savants calculs seraient périlleuses, fantaisistes et contraires au prescrit légal (100).

Pour que l'action en responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite («action en comblement de passif») soit intentée avec succès contre les dirigeants des sociétés concernées, trois éléments doivent être réunis.

(96) Articles 265, al. 2 et 409, al. 2 CS. Sur la critique de cette limitation, voyez notamment J.-M. DE BACKER et O. RALET, *op. cit.*, n° 99, pp. 126 et 127; M. WYCKAERT, «De aansprakelijkheid van bestuurders of zaakvoerders bij faillissement van hun vennootschap», note sous Comm. Liège, 07/12/1988, *T.R.V.*, 1989, p. 441 et spéc. 445; M. COIPEL, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, *op. cit.*, p. 270; Cl. PARMENTIER, «La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de faillite», *R.D.C.*, 1986, n° 57, p. 779; O. RALET, *op. cit.*, p. 180; J. Fr. GOFFIN, *op. cit.*, pp. 223-224; F. t'KINT, «Les responsabilités en cas de faillite et de dissolution volontaire», *D.A.O.R.*, n° 34, 1995, p. 18, n° 28; Fr. t'KINT, «La responsabilité des dirigeants de SA et de SPRL», *R.R.D.*, 1980, p. 103; M.A. DELVAUX, obs. sous Comm. Bruxelles, 14 févr. 1989, *J.D.S.C.*, 1999, n° 97, p. 241; voyez aussi, sur cette disposition, les appréciations de P. COPPENS et F. t'KINT, *op. cit.*, n° 81, pp. 523-524.

(97) Comm. Charleroi, 7 janvier 1997, *J.D.S.C.*, 1999, n° 98, p. 243, *R.D.C.*, 1997, p. 643; dans cette espèce, les chiffres de la comptabilité de la SPRL n'ont pas été jugés probants en raison de leur caractère fragmentaire et irrégulier.

(98) Voyez cependant Comm. Hasselt (4^{ème} ch.), 9 avril 2002 (*J.D.S.C.*, 2004, n° 589, p. 271 et obs. M.A. DELVAUX, *R.W.*, 2003-2004, p. 33), qui semble exiger, à tort selon nous, que la curatelle établisse que la société a réalisé un chiffre d'affaires suffisant pour que son administrateur soit responsable.

(99) Voyez par exemple Comm. Bruxelles (5^{ème} ch.), 14 février 1989, *J.D.S.C.*, 1999, n° 97, p. 241 et note M.A. DELVAUX. Sur cette question, voyez notamment M. COIPEL, *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, Rép. Not., Tome XII, Livre IV, et Larcier, 2^{ème} éd., 1997, n° 317-1, p. 270; Cl. PARMENTIER, «La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de faillite», *R.D.C.*, 1986, n° 57, p. 779; Fr. t'KINT, «Les responsabilités en cas de faillite et de dissolution volontaire», *D.A.O.R.*, n° 34, 1995, p. 18, n° 28.

(100) Au rayon des arrêts se distinguant par un excès d'indulgence, on peut encore épingleur un arrêt du 15 juin 2005 de la 7^{ème} chambre de la Cour d'appel de Liège, qui a méconnu l'article 2 du Code civil en faisant une application rétroactive de l'exception visée à l'article 409 al. 2 CS. La Cour invoquait que, dans la mesure où la loi du 13 avril 1995 atténuait une règle de responsabilité antérieure, il serait conforme à l'équité qu'elle fût appliquée même aux situations juridiques instantanées antérieures mais non encore liquidées au moment de son entrée en vigueur (*J.D.S.C.*, 2005, n° 669, p. 193 et obs. M.A. DELVAUX).

§ 1. Une faute grave et caractérisée

21. Il s'agit d'une faute impardonnable qu'un dirigeant raisonnablement prudent et diligent n'aurait pas commise, heurtant les normes essentielles de la vie en société, non identifiable au dol bien qu'en étant voisine. La faute doit en outre être caractérisée, à savoir «nettement marquée» (101), ce qui signifie que l'acte doit pouvoir être perçu comme gravement fautif pour tout homme raisonnable (102): l'auteur était conscient ou devait l'être qu'elle contribuerait à la faillite de la société. On considère que la faute grave est toujours caractérisée mais qu'une faute caractérisée n'est pas nécessairement grave (103).

On cite comme exemples:

- l'attribution injustifiée d'avances à une autre société déjà en liquidation (104);
- le montage d'une opération de reprise d'une autre société afin de reporter artificiellement la faillite de cette dernière (105);
- la facturation partielle des fournitures de services apportées à une société tierce actionnaire à 50 % de la société gérée, afin de ne pas compromettre la santé financière de cette société tierce et en sacrifiant la société gérée et ses créanciers (106);
- la tenue d'une comptabilité fausse et la poursuite d'une exploitation pendant deux ans alors que le capital était perdu (107);
- des prélèvements massifs effectués par un administrateur dans les avoirs sociaux et atteignant le double du capital social (108);

(101) Comm. Liège (3^{ème} ch.), 5 avril 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 415, p. 218 et note M.A. DELVAUX, «Les actions en responsabilité des dirigeants que le curateur peut engager au nom de la masse: tableau synoptique», *J.L.M.B.*, 2001, p. 395.

(102) Comm. Charleroi, 16 décembre 1998, *J.D.S.C.*, 2002, n° 413, p. 209, *R.D.C.*, 2000, p. 642.

(103) I. VEROUGSTRAETE, *Manuel de la faillite et du concordat*, 1998, pp. 543 et s. et réf. citées; *Act. Dr.*, «L'entreprise en difficulté», 1997.3., pp. 525 et s. et les réf. citées; Comm. Liège (3^{ème} ch.), 5 avril 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 415, p. 218 et note M.A. DELVAUX, «Les actions en responsabilité des dirigeants que le curateur peut engager au nom de la masse: tableau synoptique», *J.L.M.B.*, 2001, p. 395.

(104) Gand, 21 décembre 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 411, p. 200, *R.D.C.*, 2001, p. 739.

(105) Comm. Termonde (3^{ème} ch.), 6 décembre 1999, *J.D.S.C.*, 2001, n° 323, p. 215, *T.R.V.*, 2000, p. 40 et note, *R.D.C.*, 2000, p. 659.

(106) Comm. Charleroi, 16 décembre 1998, *J.D.S.C.*, 2002, n° 413, p. 209, *R.D.C.*, 2000, p. 642; il apparaît en l'espèce que la société était gérée essentiellement pour servir d'outil financier à la société tierce.

(107) Comm. Bruxelles, 8 décembre 1981, *B.R.H.*, 1982, p. 393.

(108) Comm. Bruxelles, 10 septembre 1985, *R.D.C.*, 1987, p. 523.

- des prélèvements substantiels en compte courant alors que la société connaît des difficultés de trésorerie (109);
- la tolérance de prélèvements à des fins privées effectuées par un administrateur (110);
- la poursuite irréflectée d'une activité déficitaire (impliquant une augmentation du passif et une diminution de l'actif), ayant finalement conduit à une faillite où les actifs étaient insuffisants pour désintéresser les créanciers (111);
- la poursuite d'une activité gravement déficitaire sans aucune chance de redressement (112);
- l'absence de réunion de l'assemblée générale ordinaire durant deux années, l'acceptation que le nombre d'administrateurs prévu par la loi n'ait plus été atteint depuis plusieurs années et l'oubli de veiller à la tenue régulière des comptes (113);
- l'absence d'adaptation du capital social aux nouvelles exigences légales relatives au capital minimum (114);
- l'acceptation d'une traite pour le compte de la société, en sachant que les marchandises livrées - non conformes à la commande - ont été renvoyées à l'expéditeur (115);
- la tenue d'une comptabilité fragmentaire (116);
- l'absence de comptabilité privant la société de la vision nécessaire à son fonctionnement et étant à la source d'un non respect des engagements envers les fournisseurs et les créanciers institutionnels (117);

- le fait - dûment établi - de se désintéresser de l'évolution des affaires (118);
- une politique aventureuse, impardonnable et incontestable (119).

La jurisprudence a toujours considéré que le non-paiement des charges sociales et fiscales ne constitue pas une faute grave et caractérisée lorsqu'il est la simple conséquence de l'évolution défavorable des affaires (120). Cette carence devient par contre gravement fautive lorsqu'elle constitue un mode de financement délibéré (121).

La loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés a ajouté un alinéa aux articles 265, 409 et 530 du Code des sociétés pour instaurer une présomption irréfragable (122) de faute grave et caractérisée. «*Est réputée faute grave et caractérisée toute fraude fiscale grave et organisée au sens de l'article 3, § 2, de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux*». Cette présomption facilite évidemment la tâche du demandeur à l'action en comblement de passif. Le dirigeant concerné peut cependant démontrer que sa faute n'a en aucune façon contribué à la faillite.

Nous reviendrons ci-après sur la présomption similaire instaurée par la loi-programme du 20 juillet 2006 à propos du non paiement des cotisations sociales.

(109) Liège (7^{ème} ch.), 3 décembre 1998, *J.D.S.C.*, 2001, n° 322, p. 211, *Rev. prat. soc.*, 1999, p. 148 et note W. DERJUCKE.

(110) Liège, 4 avril 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 410, p. 196.

(111) P. COPPENS et F. t'KINT, «Les faillites, les concordats et les privilèges, Examen de jurisprudence (1984-1990)», *R.C.J.B.*, 1991, p. 488. Voyez par exemple Bruxelles, 31/10/1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 201 et observations Cl. PARMENTIER; Mons, 20 mai 1985, *Rev. prat. soc.*, 1985, p. 261.

(112) Mons, 20 mai 1985, *J.D.S.C.*, 2000, n° 197, p. 232, obs. M. CALUWAERTS, *Rev. prat. soc.*, 1985, p. 261.

(113) Liège, 8 mai 2003, *DAOR*, 2003, liv. 65, p. 70. Une convocation par les services d'enquêtes commerciales avait été nécessaire pour qu'une assemblée générale extraordinaire se tienne et que les comptes relatifs à trois exercices successifs soient hâtivement établis.

(114) Comm. Liège (3^{ème} ch.), 24 octobre 2001, *J.D.S.C.*, 2002, n° 414, p. 213; Comm. Hasselt (4^{ème} ch.), 9 avril 2002, *J.D.S.C.*, 2004, n° 589, p. 271 et obs. M.A. DELVAUX, *R.W.*, 2003-2004, p. 33.

(115) Comm. Anvers, 29 juin 1984, *Rev. prat. soc.*, 1985, p. 309.

(116) Comm. Charleroi, 7 janv. 1997, *J.D.S.C.*, 1999, n° 98, p. 243, *R.D.C.*, 1997, p. 643.

(117) Comm. Liège, 26 juin 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 416, p. 224 et note M.A. DELVAUX, «La faute grave et caractérisée du dirigeant ayant contribué à la faillite de la société, la responsabilité du dommage causé aux tiers et l'interdiction judiciaire d'exercer une activité commerciale ou de diriger à l'avenir une société: aux mêmes (grands) maux les mêmes (grands) remèdes?», *R.R.D.*, 2000, p. 346.

(118) Liège, 4 avril 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 410, p. 196 (*quod non in casu*: le simple fait d'attendre la fin de l'exercice social s'étendant en l'espèce sur 18 mois pour demander le détail des comptes et les résultats concrets de la société gérée n'a pas été considéré comme faute grave dans un contexte où la société bénéficie des services d'un comptable sérieux et où rien ne permet de craindre que le coadministrateur qui gère activement la société ne commette des erreurs de gestion ou des malversations).

(119) Liège (7^{ème} ch.), 1^{er} février 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 412, p. 207, *Rev. prat. soc.*, 2000, p. 179, *DAOR*, 2001, p. 163 (*quod non in casu*).

(120) Voyez l'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 24 octobre 2003 (*F.J.F.*, n° 2005/125, p. 407, *J.D.S.C.*, 2005, n° 665, p. 176, note de M.A. DELVAUX, «Où l'on apprend que l'état de nécessité permet aux dirigeants de méconnaître en toute impunité les obligations sociales et fiscales pesant sur la société gérée»), se référant à l'état de nécessité pour rejeter la responsabilité des dirigeants. Cet arrêt considère que la seule constatation comptable de l'importance du passif fiscal et social de la faillite ne permet pas l'engagement de la responsabilité des administrateurs pour faute grave et caractérisée; le fait de croire à tort dans les chances de redressement de l'entreprise gérée est une faute de gestion qui ne présente toutefois pas à lui seul le caractère de gravité requis par l'article 530 du Code de sociétés.

(121) Liège (7^{ème} ch.), 13 janvier 2004, *J.D.S.C.*, 2005, n° 667, p. 183 et obs. M.A. DELVAUX.

(122) Voyez la justification de l'amendement et la précision du caractère irréfragable de la présomption: *Doc. Parl.*, Chambre, sess. ordin. 2000-2001, n° 1132/007, p. 5.

§ 2. La faillite et l'insuffisance d'actif

22. Ce type d'action en responsabilité ne peut être intenté qu'en cas de faillite de la société et à condition que l'actif soit insuffisant pour couvrir l'ensemble des dettes sociales. Si l'action était autrefois réservée au curateur, selon la jurisprudence et la doctrine constantes, la loi du 4 septembre 2002 précitée a toutefois supprimé ce monopole par l'ajout d'un alinéa aux articles 265, 409 et 530 du Code des sociétés (voir *infra*).

§ 3. La contribution de la faute grave et caractérisée à la faillite

23. Cette faute ne doit pas être l'origine exclusive de la faillite mais il suffit qu'elle y ait contribué (123), peu importe que d'autres facteurs en soient également la cause (124).

Le demandeur est dispensé de prouver le lien causal entre la faute et l'insuffisance d'actif dont le dirigeant fautif est présumé responsable (125). Le juge peut toutefois tempérer la condamnation.

Le juge est donc amené à exercer un important pouvoir d'appréciation, tant au niveau de l'établissement et de la qualification de la faute grave (126)

(123) Il a été jugé que l'omission d'appliquer la procédure dite de «sonnette d'alarme» en cas de perte grave de l'actif net (voyez *infra*) est une faute qui a retardé la survenance de la faillite sans toutefois y contribuer et que l'embellissement du bilan constitue une faute qui n'est pas directement une cause de la faillite et ne contribue pas davantage à celle-ci (Gand, 21 décembre 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 411, p. 200, *R.D.C.*, 2001, p. 739). Il a également été jugé que dès lors que le projet économique sur lequel reposait la société s'est rapidement révélé catastrophique, mais n'était pas en lui-même utopique ou aventureux, que l'insuffisance des moyens prévus n'est pas démontrée, mais qu'il semble bien que les difficultés de la société résultent, en réalité, de choix malheureux eu égard à la conjoncture défavorable dans le secteur d'activités concerné et que la décision des administrateurs de poursuivre les activités ne peut en soi leur être reprochée, les manquements de ces administrateurs aux obligations comptables et aux dispositions légales, bien que graves, n'ont cependant pas contribué en eux-mêmes à la faillite (Liège, 8 mai 2003, *DAOR*, 2003, liv. 65, p. 70).

(124) Gand, 31 mars 1994, *R.D.C.*, 1994, p. 976; voyez A. BENOIT-MOURY, «Dix ans de jurisprudence en matière de sociétés», *Act. Dr.*, 1991, p. 110.

(125) Comm. Liège (3^{ème} ch.), 5 avril 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 415, p. 218 et note M.A. DELVAUX, «Les actions en responsabilité des dirigeants que le curateur peut engager au nom de la masse: tableau synoptique», *J.L.M.B.*, 2001, p. 395.

(126) Voyez, par exemple, la décision du Tribunal de commerce de Termonde (2^{ème} ch.) du 5 septembre 1997 (*J.D.S.C.*, 1999, n° 99, p. 244 et obs. M.A. DELVAUX, *T.G.R.*, 1998, p. 75): le tribunal reconnaît qu'une faute a été commise (calcul erroné du prix de revient entraînant de mauvais résultats du chiffre d'affaires) mais qu'elle n'est pas grave au point d'engager la responsabilité du dirigeant sur pied de l'article 63ter des L.C.S. (devenu l'article 265 du Code des sociétés).

qu'au niveau de son imputabilité distincte à chacun des administrateurs, en fonction du rôle joué et des obligations particulières pesant sur lui (127). En outre, selon quels critères le juge va-t-il décider de l'ampleur de la condamnation des dirigeants? La doctrine et la jurisprudence majoritaires estiment que le juge doit statuer *en équité*, et non à proportion du dommage causé par la faute grave et caractérisée (128). Le dirigeant peut donc être amené à supporter une condamnation qui excède les conséquences objectives de sa faute ou qui est réduite au regard de celles-ci.

§ 4. La faveur concédée à l'ONSS

24. Les articles 265, 409 et 530 du Code des sociétés ont récemment été complétés par les articles 56 à 58 de la loi-programme du 20 juillet 2006 (129).

Sous un chapitre intitulé «Responsabilité personnelle et solidaire des gérants et administrateurs de sociétés en cas de faillite», la loi-programme ajoute un second paragraphe à ces dispositions en vue de prévoir expressément la possibilité de mettre en cause la responsabilité personnelle et solidaire des dirigeants (administrateurs ou gérants, anciens administrateurs ou gérants et «toutes les autres personnes qui ont effectivement détenu le pouvoir de gérer la société») à l'égard de l'ONSS et du curateur pour tout ou partie des cotisations sociales, des majorations, des intérêts de retard et de l'indemnité forfaitaire visée à l'article 54 de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 (130), dus au moment du prononcé de la faillite (131). Cette responsabilité est encourue s'il est établi qu'une «faute grave» – et pas nécessairement caractérisée – qu'ils ont commise était à la base de la faillite, ou, si au cours de la période de cinq ans qui précède le prononcé de la faillite, ils se sont trouvés dans la situation décrite à l'article 38, § 3octies, 8°, de la loi du 29 juin 1981 établissant les principes généraux de la sécurité sociale des travailleurs salariés. Cet article 38, § 3octies, 8° dispose que, pour pouvoir bénéficier de diverses dispenses ou réduction, l'employeur personne morale ne peut «compter parmi

(127) Voyez, notamment, Comm. Termonde (3^{ème} ch.), 31 décembre 1997, *J.D.S.C.*, 1999, n° 96, p. 240 (sommaire), *T.G.R.*, 1998, p. 77.

(128) Mons, 22 mars 1993, *Rev. prat. soc.*, 1993, p. 328; J. RONSE, «La responsabilité facultative des administrateurs et gérants en cas de faillite avec insuffisance d'actif», *Rev. prat. soc.*, 1979, p. 303; O. RALET, *op. cit.*, p. 186; J. Fr. GOFFIN, *op. cit.*, pp. 245-246.

(129) Loi-programme du 20 juillet 2006, *M.B.*, 28 juillet 2006, 2^{ème} édition, p. 36.921, articles 56, 57 et 58.

(130) Arrêté royal pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs.

(131) Cette nouvelle responsabilité est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2006, pour les faillites déclarées à partir de cette date.

les administrateurs, les gérants ou les personnes ayant le pouvoir d'engager la société, des personnes qui ont été impliquées dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme de recouvrement des cotisations de sécurité sociale».

Le législateur présume désormais de manière irréfutable que constitue une «faute grave» le fait que la société est «dirigée» par un gérant ou un «responsable» qui a été «impliqué», quelle que soit la période concernée, dans au moins deux faillites, liquidations ou «opérations similaires» ayant entraîné des dettes à l'égard d'un organisme percepteur des cotisations sociales. Il est prévu que le Roi puisse, après avis du comité de gestion de l'Office national de Sécurité sociale, déterminer les faits, données ou circonstances susceptibles d'être considérés comme faute grave.

L'Office national de Sécurité sociale ou le curateur intentent cette action en responsabilité personnelle et solidaire des dirigeants devant le tribunal du commerce qui connaît de la faillite de la société.

25. Ces dispositions alambiquées – à la terminologie peu adéquate – suscitent un certain nombre de commentaires et de questions (132).

- La solidarité est-elle de droit ou facultative?
- La notion de faute «grave à la base de la faillite» correspond-elle à celle de faute «grave et caractérisée ayant contribué à la faillite»?
- On constate de regrettables redondances, voire des contradictions, entre les différentes présomptions désormais prévues par ces dispositions, qui créent une forme de «casier judiciaire des dirigeants de sociétés».
- Les dirigeants devront se méfier des mauvaises fréquentations et éviter de cotoyer, au sein des organes, des collègues qui ont été impliqués dans des opérations ayant suscité des dettes sociales. L'admission au sein d'un conseil d'administration pourrait être subordonnée à la production d'une sorte de «certificat de bonnes mœurs économiques et sociales» délivré par l'ONSS...
- Le régime de faveur uniquement réservé aux «petites» SPRL et SCRL - et non aux SA - a été écarté par la loi.

(132) Voyez E. HUPIN, «La responsabilité des dirigeants d'entreprise en difficulté – Sauver l'entreprise ou se sauver de l'entreprise», in *La responsabilité des administrateurs et dirigeants d'entreprise*, Colloque Vanham & Vanham du 24 novembre 2006, pp. 29 et s.

Cela a amené le législateur à commettre, s'agissant de la disposition applicable aux SA, une erreur révélatrice de sa précipitation et de son manque de réflexion. En effet, le second paragraphe initialement ajouté à l'article 530 CS par l'article 58 de la loi-programme contenait un 3^{ème} alinéa figurant également aux articles 56 et 57 de cette loi mais n'ayant de sens qu'au sein des articles 265 et 409, applicables aux SPRL et aux SCRL: «*Le § 1^{er}, alinéa 2, n'est pas d'application vis-à-vis de l'Office et du curateur précité en ce qui concerne les dettes visées ci-dessus.*». Or, si, dans les dispositions applicables aux SPRL et aux SCRL, ce deuxième alinéa du § 1^{er} concerne bien l'indulgence accordée aux «petites» sociétés, le deuxième alinéa de l'article 530, § 1^{er} reconnaît un droit d'action aux créanciers lésés.... Au pied de la lettre, le nouveau § 2 de l'article 530 stipulait donc, en son 3^{ème} alinéa, l'application «vis-à-vis de l'Office et du curateur» de l'alinéa 2 du § 1^{er} reconnaissant la recevabilité de l'action en comblement de passif intentée tant par les curateurs que par des créanciers lésés. A cause de cette erreur de manipulation, de type «copier - coller», la disposition légale devenait alors contradictoire, voire incompréhensible, puisque la raison d'être du nouveau texte était précisément de reconnaître un droit d'agir de l'ONSS, en qualité de «créancier lésé» (133). Cette erreur a heureusement été corrigée par l'article 88 de la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses, qui a abrogé l'alinéa 3 de l'article 530, § 2 CS.

26. Nous ne pouvons traiter, dans le cadre de ce rapport, des liens existant entre la responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite et l'interdiction judiciaire d'exercer une activité commerciale ou de diriger à l'avenir une société (arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934) (134).

(133) On trouve un autre exemple de coquille due à une erreur de manipulation à l'alinéa 4 du § 2 des articles 409 et 530 CS: «*est considérée comme faute grave, toute forme de fraude fiscale grave et organisée au sens de l'article 3, § 2, de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme, ainsi que le fait que la société est dirigée par un gérant ou un responsable qui a été impliqué dans au moins deux faillites, liquidations ou opérations similaires entraînant des dettes à l'égard d'un organisme percepteur des cotisations sociales....*» (c'est nous qui soulignons).

(134) Sur l'ensemble de cette question, on renvoie à G.-A. DAL, «Les interdictions professionnelles ou «l'interdiction judiciaire faite à certains condamnés et faillis d'exercer certaines fonctions, professions ou activités», *J.T.*, 2001, pp. 769 et s. et à A. MASSET, *La responsabilité pénale dans l'entreprise, Guide juridique de l'entreprise*, Livre 119.4, Bruxelles, Kluwer, 2006, n° 150 à 185 et Livre 20 du *Droit des sociétés commerciales*, Bruxelles, Kluwer, 2006, aux mêmes numéros.

SECTION 5

LES RESPONSABILITÉS ENCOURUES À L'OCCASION D'OPÉRATIONS SPÉCIFIQUES

27. Dans le cadre de cette section, nous analyserons certaines dispositions qui instituent une responsabilité particulière des administrateurs ou gérants à l'occasion d'opérations déterminées:

- les augmentations de capital;
- les restructurations de la société;
- le défaut de convocation de l'assemblée générale en cas de pertes prononcées;
- le retard dans la présentation des comptes annuels;
- l'absence de paiement du précompte professionnel ou de la TVA (135).

Ces divers cas de responsabilité concernent le dirigeant de droit comme de fait, actuel ou passé. En principe (136), la responsabilité est engagée tant à l'égard de la société qu'à l'égard des tiers. Certaines dispositions font peser sur les administrateurs, en cours de vie sociale, une responsabilité analogue à celle qu'assument les fondateurs lors de la constitution. D'autres renforcent la responsabilité qui résulterait normalement d'une violation du Code des sociétés en présumant le lien de causalité ou en alourdissant la responsabilité individuelle.

Nous réserverons enfin une attention particulière aux procédures afférentes aux conflits d'intérêts.

§ 1. Les augmentations de capital

28. Les administrateurs ou les gérants sont soumis substantiellement aux mêmes responsabilités que celles qui pèsent sur les fondateurs en cas de constitution d'une société (articles 314, 424 et 610 CS).

(135) Il faut encore mentionner trois cas de responsabilité particulière dont nous ne traiterons pas: (i) l'indication insuffisante des mentions permettant d'identifier la société ou de la qualité en vertu de laquelle les dirigeants agissent (articles 62 et 78 à 80 CS), (ii) la surévaluation manifeste de biens vendus à une société par un fondateur, un administrateur ou un associé et (iii) l'absence de dépôt du bilan et des autres pièces nécessaires lors de l'aveu de la cessation des paiements et/ou constat d'erreurs imposant des redressements significatifs (articles 10 et 54 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites).

(136) Certains textes ne prévoient expressément la responsabilité qu'à l'égard des associés (par exemple, la responsabilité en cas de fusion ou de scission n'est prévue qu'à l'égard des associés de la société dissoute, l'être moral ayant disparu) ou des tiers (par exemple, l'absence de convocation en cas de perte de l'actif net). Toutefois, comme la faute du dirigeant s'identifie à une violation du Code, et à condition de prouver un intérêt à agir et un dommage en lien causal avec la faute, l'action en responsabilité peut dans chaque cas être introduite par la société comme par les tiers.

Ils sont donc solidairement tenus dans cinq hypothèses. Nous nous attarderons sur deux d'entre elles et nous nous bornerons à citer (i) la responsabilité pour la libération effective des actions et des parts, dans la mesure prescrite par la loi, (ii) la responsabilité pour la libération effective de la partie du capital non valablement souscrite, dont les administrateurs et gérants sont réputés souscripteurs, et (iii) l'obligation de réparer le préjudice qui serait une suite immédiate (et directe) (137), soit de la surévaluation manifeste des apports en nature, soit de l'absence (ou de la fausseté) (138) des mentions apportées dans l'acte d'augmentation de capital.

29. Les administrateurs et gérants assument une responsabilité pour la partie du capital qui n'aurait pas été valablement souscrite. Tel est le cas lorsque la souscription émane d'un incapable (mineur, interdit, prodigue, faible d'esprit) ou d'une personne dont le consentement fut vicié (erreur, dol, violence), lorsque la souscription est soumise à une condition (l'octroi d'un mandat d'administrateur ou d'avantages particuliers, ...) ou lorsque la SA ou la SPRL ont souscrit leurs propres parts ou actions (139).

30. Une responsabilité pour la différence éventuelle entre le capital minimum requis et le montant des souscriptions est également mise à charge des administrateurs et gérants. Il y va d'une hypothèse qui ne vise que des cas exceptionnels et est due au réaménagement complet opéré par le Code des sociétés.

En effet, autrefois, les articles 35, 123, alinéa 2 et 147ter, alinéa 2 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales réglaient à la fois les responsabilités dans le cadre de la constitution d'une société et dans le cadre d'une augmentation de capital. Or désormais, le Code distingue les responsabilités lors de la constitution et lors d'une augmentation de capital, en reprenant textuellement cette source de responsabilité pour les dirigeants aux articles 314, 1^o, 424, 1^o et 610, 1^o. On peut théoriquement imaginer trois cas dans lesquels leur responsabilité pourrait être engagée:

(137) Si les dirigeants sont responsables du préjudice qui est une suite *immédiate et directe* de la surévaluation manifeste des apports en nature ou des irrégularités des énonciations imposées par la loi dans l'acte d'augmentation de capital dans les SA et les SCRL, ils le sont pour les suites préjudiciables *immédiates* en SPRL, le terme 'direct' étant absent de l'article 314, 4^o CS.

(138) L'élément engageant la responsabilité des administrateurs consiste tantôt en l'absence ou la fausseté des énonciations de l'acte constitutif (SPRL et SA), tantôt uniquement en l'absence de ces énonciations, la fausseté n'étant pas mentionnée à l'article 424, 3^o (SCRL).

(139) Violation de l'article 304 (SPRL) ou de l'article 585 (SA) du Code des sociétés. En ce qui concerne la SCRL, aucune responsabilité des dirigeants n'est prévue dans telle hypothèse.

- une société constituée avec un capital inférieur au minimum légal requis, ce qui est un cas d'école vu l'intervention nécessaire d'un notaire, procède à une augmentation de capital mais elle demeure en-dessous du capital minimum;
- le législateur augmente le capital minimum requis et la société procède à une augmentation de capital sans aller jusqu'au nouveau minimum requis (140);
- la société procède à une réduction de capital jusqu'à descendre sous le minimum légal et procède ensuite à une augmentation ("*coup de l'accordéon*") sans atteindre ce capital minimum.

31. Qu'en est-il de la souscription faite au nom d'un tiers en vertu d'un mandat qui s'avère ultérieurement non valable (ex.: le mandat a été révoqué au moment de la souscription ou un mandat authentique - et non sous seing privé - était requis pour l'apport d'un immeuble) ou de l'engagement pris par un porte-fort qui n'est pas ultérieurement ratifié? Pour répondre à cette question, il convient de distinguer selon la forme sociétaire.

Pour les SPRL, l'article 315 du Code des sociétés prévoit expressément que les gérants sont responsables des engagements dans l'hypothèse - théorique eu égard à la vigilance du notaire - où le nom des mandants n'a pas été donné dans l'acte ou lorsque le mandat produit n'est pas valable. La souscription est donc valable mais c'est le mandataire qui en est tenu et, pour renforcer la protection des tiers, le législateur prévoit la responsabilité complémentaire et solidaire des gérants. S'il y a eu porte-fort, on applique, à défaut de dispositions spécifiques dans le Code des sociétés, l'article 1120 du Code civil: celui qui s'est porté fort n'est pas personnellement tenu de la souscription mais sera tenu de réparer le dommage causé par l'absence de ratification. Il n'y a donc pas de souscription valable et les gérants sont solidairement responsables, sur la base de l'article 314, 1° du Code des sociétés, car une partie du capital n'est pas valablement souscrite.

En ce qui concerne les SA, l'article 611 du Code des sociétés dispose que celui qui a pris un engagement pour un tiers, que ce soit comme mandataire ou en se portant fort, est personnellement obligé s'il n'y a pas mandat valable ou si l'engagement n'est pas ratifié dans les deux mois de la stipulation (141). Dans ces deux cas, il y a donc une souscription valable et c'est celui qui a pris l'engagement pour le tiers qui en est tenu, ce qui déroge à l'article 1120 du

(140) Sur cette question, voyez M.A. DELVAUX, «Les sociétés coopératives qui n'ont pas adapté leur capital aux nouvelles exigences de la loi du 20 juillet 1991: quelles protections pour les tiers?», *R.D.C.*, 1998, p. 588, et spécialement p. 592.

(141) Le délai réduit à 15 jours si l'identité du bénéficiaire n'est pas indiquée.

Code civil. Mais la protection des tiers n'est pas ici renforcée par une responsabilité complémentaire et solidaire des administrateurs. Ce régime diffère également de celui des SPRL sur deux autres points. D'une part, dans le cadre du mandat, seule l'hypothèse de l'absence de validité du mandat est visée et non celle de l'omission d'indiquer dans l'acte l'identité du mandant. On peut en déduire que, contrairement au régime applicable dans les SPRL, celui qui a pris un engagement pour un tiers comme mandataire n'est pas personnellement obligé si, par impossible, le nom du mandant n'est pas indiqué dans l'acte. D'autre part, un régime dérogatoire au droit commun est expressément prévu par l'article 611 dans l'hypothèse d'un engagement avec porte-fort: un délai est prévu pour la ratification par celui pour lequel le stipulant s'est engagé et, à défaut de ratification en temps utile, celui qui s'est porté fort est lui-même tenu. En application de l'article 1120 du Code civil, seuls des dommages et intérêts seraient dus par celui qui s'est porté fort et, en l'absence de souscription valable, les administrateurs seraient responsables, sur la base de l'article 610, 1° CS, dans la mesure où une partie de l'augmentation du capital ne serait pas valablement souscrite.

Dans les SCRL, aucune disposition n'est consacrée à cette question de la stipulation par le biais d'un tiers. Si le mandat n'est pas valable ou si l'engagement n'est pas ratifié, il n'y a pas de souscription valable et la responsabilité solidaire des dirigeants est corrélativement engagée sur la base de l'article 424, 1° CS. Une difficulté subsiste quant au porte-fort: dans quel délai les dirigeants sont responsables si l'engagement n'est pas ratifié, à défaut de prescription légale?

On déplore cette divergence de régimes suivant la forme sociétaire, divergence qui ne peut qu'embrouiller les esprits et à laquelle le Code des sociétés aurait pu utilement mettre fin.

§ 2. La préparation et la réalisation d'opérations de restructuration

32. Les administrateurs ou gérants des sociétés impliquées dans ces opérations sont soumis au régime de responsabilité de droit commun. Les droits d'action de la société absorbée sont transmis à la société absorbante.

Parallèlement à ce régime de droit commun, le Code des sociétés comprend un régime spécifique de responsabilité des organes de contrôle et de gestion des sociétés scindées ou absorbées, quelle que soit leur forme juridique (article 687 CS). Chaque actionnaire ou associé de la société scindée ou absorbée dispose d'une action en responsabilité contre les administrateurs ou gérants de cette société pour obtenir réparation du préjudice qu'il aurait subi par suite

d'une faute commise lors de la préparation (142) et de la réalisation de la fusion ou de la scission. Cette action est accordée aux actionnaires de la société absorbée ou scindée *individuellement* dans la mesure où la disparition de la société absorbée ou scindée rend impossible l'exercice d'une action minoritaire (143). La décharge accordée par l'assemblée générale de la société absorbante aux administrateurs et gérants de la société absorbée est sans incidence sur le droit d'action des actionnaires de la société absorbée (144). De lourdes amendes pénales sont, en outre, prévues à charge des dirigeants n'ayant pas respecté les formalités requises par la loi pour la préparation des opérations de fusions et scissions (article 773 CS).

§ 3. Le défaut de convocation de l'assemblée générale en cas de pertes prononcées

33. Les administrateurs des SA et des SCRL ainsi que les gérants des SPRL sont tenus de réunir une assemblée générale si l'actif net de la société gérée est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social (145). La dissolution pourra, en cette occurrence, être décidée par les trois quarts des voix émises à l'assemblée. Une nouvelle réunion est nécessaire si l'actif net est réduit à un montant inférieur au quart du capital social; dans cette hypothèse, une majorité du quart des voix émises est suffisante pour dissoudre la société (articles 332, 431 et 633 CS) (146).

Ces assemblées doivent se tenir dans un délai bref: deux mois à dater du moment où la perte a été constatée ou aurait dû l'être en vertu des obligations

(142) La loi impose aux administrateurs ou gérants de la société absorbée ou scindée l'établissement de rapports décrivant la situation patrimoniale des sociétés concernées, énonçant la justification économique et juridique de l'opportunité de la fusion, ses conditions, modalités et conséquences, l'explication des termes de l'échange des actions et parts, ...

(143) Voyez P. VAN OMMESELAGHE, «Les fusions et scissions des sociétés», *Le droit des affaires en évolution*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 111 et 138; G.-A. DAL et M. VAN DEN ABBELE, «Les fusions et scissions de sociétés commerciales», *Rev. prat. soc.*, 1993, p. 253; G. HORSMANS, «Les nullités et les sanctions», *Le nouveau droit des fusions et des scissions*, Université catholique de Louvain, 22 octobre 1993, p. 27.

(144) Les actionnaires de la société absorbante sont appelés à se prononcer sur cette décharge à l'issue de l'approbation des comptes annuels de la société absorbée, relatifs à la période comprise entre la date de clôture du dernier exercice social et la date de prise d'effet de la fusion (article 704 du Code des sociétés).

(145) Pour déterminer si les seuils définis sont franchis, l'actif net doit être calculé sur la base d'une comptabilité qui est établie correctement et qui reflète fidèlement la situation de la société (Comm. Charleroi, 29 janvier 1997, *R.D.C.*, 1999, p. 39 et note C. SANTVLIET).

(146) Si l'actif net est réduit à un montant inférieur au capital minimum - libéré ou non selon les cas - exigé par le Code, tout intéressé peut demander la dissolution de la société au tribunal de commerce (articles 333, 432 et 634 CS).

légales ou statutaires (147). Elles doivent délibérer, le cas échéant, dans les formes prescrites pour la modification des statuts (intervention d'un notaire et conditions spéciales de présence et de majorité).

L'assemblée délibère sur la dissolution ou sur des propositions alternatives, formulées par l'organe de gestion et annoncées dans l'ordre du jour. L'organe de gestion doit justifier ses propositions dans un rapport spécial tenu à la disposition des associés au siège de la société quinze jours avant l'assemblée générale. S'il propose la poursuite des activités, il doit y exposer les mesures qu'il compte adopter en vue de redresser la situation financière de la société. Le Code des sociétés ne prévoit aucune condition de forme ou de fond pour ce rapport (148).

Lorsque l'assemblée générale a valablement délibéré et qu'elle a décidé la continuation des affaires sociales, la responsabilité du conseil d'administration est mise hors de cause (149). Par contre, lorsque l'assemblée prend une décision alors que les rapports n'ont pas été rédigés et présentés conformément aux exigences légales, sa décision est nulle (articles 332, al. 5, 431, al. 5 et 633, al. 3 CS) (150).

(147) Les dispositions légales concernées renvoient respectivement aux articles 269, 381 et 535 CS, qui règlent les modalités selon lesquelles les documents et pièces doivent être mis à la disposition de certaines personnes avant la réunion d'une assemblée générale. Le Code distingue ceux qui reçoivent automatiquement les documents (les actionnaires/associés, les administrateurs/gérants et les commissaires) et ceux qui les reçoivent 'à la demande' (notamment les obligataires). Voyez F. HELLEMANS, «Assemblée générale et augmentation de capital sous le nouveau Code des sociétés», in *Le Code des sociétés et son arrêté d'exécution*, Faculté de droit de Liège, 7 mars 2001.

(148) Voyez Mons 17 novembre 1997, *R.D.C.*, 1999, p. 31 et note C. VAN SANTVLIET dans une espèce où le rapport a été rédigé à la suite de l'analyse faite par une fiduciaire réputée et énumère entre autres les orientations préconisées par cette dernière en vue d'aboutir au redressement de la société. Voyez également Liège (7^{ème} ch.), 19 octobre 2004, *R.D.C.*, 2006, p. 426 et note M. COIPEL, «La responsabilité quasi-délictuelle des gérants d'une SPRL en raison de la poursuite déraisonnable d'une activité irrémédiablement condamnée»: «nous pensons (...) qu'il convient de privilégier le contenu à la forme, l'essentiel étant que le conseil d'administration fasse des propositions de redressement consistantes à l'assemblée générale des actionnaires». En l'espèce, la Cour retient la responsabilité des dirigeants après avoir constaté l'absence d'analyse minutieuse des causes des pertes enregistrées et de propositions consistantes et sérieuses.

(149) Voyez Liège (7^{ème} ch.), 3 décembre 1998, *J.D.S.C.* 2001 (abrégé), p. 211; *J.D.S.C.* 2001 (abrégé), p. 219, note M.A. DELVAUX; *Rev. prat. soc.* 1999, p. 148, note W. DERIJCKE. La Cour précise qu'en cas d'aggravation ultérieure de la situation de la société, les administrateurs doivent supporter l'aggravation du passif net de la société entre le moment où l'activité aurait dû être arrêtée et celui où elle l'a effectivement été.

(150) Selon M. COIPEL (in «La responsabilité quasi-délictuelle ...», *op. cit.*), le demandeur en responsabilité doit solliciter l'annulation de la décision prise en l'absence du rapport spécial légalement requis afin que la juridiction saisie constate que la perte grave de capital n'a pas été

.../...

34. Si l'assemblée n'a pas été convoquée dans le respect de l'exigence légale, le dommage subi par les tiers (151) est, sauf preuve contraire (152), présumé résulter de cette absence de convocation, ce qui dispense de la preuve du lien causal. Le dommage consiste pour les créanciers en la diminution des chances de recouvrement de leurs créances, résultant soit de l'accroissement du passif après le moment auquel l'assemblée générale aurait dû se réunir pour décider de la dissolution (153), soit de la conclusion de contrats qui n'aurait pas été possible si la société avait été dissoute (154).

Il ne s'agit pas d'établir fictivement qu'une assemblée générale régulièrement convoquée aurait décidé la dissolution de la société, aurait pris des mesures adéquates ou aurait décidé de poursuivre l'activité sans le moindre changement. Le Code présume le lien nécessaire de cause à effet entre l'absence de convocation et le dommage subi par les tiers, qui doivent au préalable être prouvés par celui qui se prévaut de ladite présomption. Cette disposition est essentielle au niveau de l'appréciation de l'existence d'un dommage subi par

.../...

valablement soumise à l'assemblée et que, partant, il n'y a pas eu - au sens strict - convocation de l'assemblée pour délibérer de l'avenir de la société, ce qui permet l'application de la présomption de lien causal entre l'absence de convocation et le préjudice subi par les tiers.

(151) Les associés eux-mêmes ne bénéficient pas de pareille présomption et devront, conformément au droit commun, apporter la preuve du lien de causalité (O. RALET, *op. cit.*, p. 160; J. Fr. GOFFIN, *op. cit.*, pp. 213 à 215).

(152) Par exemple, le tribunal de commerce d'Ypres a considéré que cette présomption de causalité est renversée lorsque le créancier, nonobstant la connaissance qu'il aurait dû avoir de la situation financière dramatique de la société par l'examen des comptes annuels de l'exercice 1994, a choisi de continuer de fournir, même après le défaut de paiement d'une facture échue. Cela indique, selon le tribunal, qu'il a assumé le risque du crédit ainsi fourni à la société (Comm. Ypres, 21 octobre 2002, *R.W.* 2003-04, p. 431; *T.R.V.* 2004, p. 730 et note).

(153) L'accroissement du passif peut être calculée avec précision en établissant la différence entre le passif existant à la date à laquelle l'assemblée aurait dû être convoquée et le passif définitivement cliqué, soit le jour où l'action est intentée, soit le jour où la société est dissoute. Sur cette question, voyez X. FOSSOUL, «Modifications apportées au régime juridique de la SA par le projet 210/390», *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1983, p. 376 et les références citées; J. RONSE et J. LIEVENS, *Les sociétés commerciales*, Éd. Jeune Barreau, 1985, pp. 203-204. Voyez également Comm. Charleroi, 7 janvier 1997, *R.D.C.*, 1997, p. 643, qui, après avoir considéré que l'«aggravation du passif» est susceptible d'être compensée par une augmentation d'actif, préfère se référer à l'évolution de l'actif net «c'est-à-dire en réalité à l'évolution de la valeur comptable de la société».

(154) Gand (23^{ème} ch.), 17 octobre 2001, *J.D.S.C.*, 2004, n° 590, p. 274 et note M.A. DELVAUX, «La perte de substance du capital social et la sonnette d'alarme: quelques considérations critiques relatives à l'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 17 octobre 2001», *DAOR*, 2002, liv. 63, p. 300; *R.D.C.*, 2002, p. 703. Voyez également Gand, 13 janvier 1995 (*J.D.S.C.* 1999 (sommaire), p. 235 et note et *R.D.C.*, 1997, p. 179 et note), qui précise que le créancier désireux d'obtenir la condamnation de l'administrateur d'une société virtuellement en faillite l'ayant incité à lui livrer des marchandises doit prouver que la procédure aurait dû être appliquée avant la date de la commande.

les tiers en lien causal avec la faute commise, et corrélativement, au niveau de l'importance du dommage réparable. Grâce à la présomption légale de causalité en faveur des tiers, le dommage réparable s'identifie à l'accroissement de la perte (aggravation du passif et/ou réduction de l'actif) entre le dernier jour utile pour convoquer l'assemblée générale dans le respect des formalités légales et le moment où le passif social a été définitivement cliqué, c'est-à-dire soit le jour où l'action est intentée, soit le jour où la société est effectivement dissoute. Cette preuve est plus aisée à apporter. Le juge peut ordonner une expertise ou une réouverture des débats afin que les parties déposent toute pièce permettant de déterminer quel était le dernier jour utile pour convoquer une assemblée et quelle est l'importance de l'accroissement du passif depuis ce jour.

Il n'existe pas de présomption de lien causal entre l'absence de convocation et le dommage subi par la société, qui doit donc prouver positivement ce lien. On note qu'il n'y a pas davantage de présomption de lien causal entre l'absence de convocation et la faillite, qui doit donc être prouvée par le curateur ou le créancier isolé souhaitant introduire une action en comblement de passif (155). Lorsque le curateur agit en responsabilité contre les dirigeants, tant au nom de la société que des tiers, le régime le plus favorable de charge de la preuve (à savoir le renversement de la charge de la preuve quant au lien de causalité) doit être appliqué.

La doctrine considère, à juste titre selon nous, que l'obligation de convoquer l'assemblée générale n'existe qu'une seule fois dans chacune des hypothèses envisagées par la loi, à savoir (i) quand l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social et (ii) quand l'actif net est réduit à un montant inférieur au quart du capital social (156).

(155) Voyez en ce sens Anvers (5^{ème} ch.), 20 décembre 2001 (*J.D.S.C.*, 2004, n° 591, p. 279 et note M.A. DELVAUX, «Le défaut de convocation de l'assemblée générale lorsque les pertes atteignent un certain pourcentage de l'actif net de la faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite de la société: convergences et divergences de ces deux fondements de responsabilité des dirigeants», *R.W.*, 2002-2003, p. 708).

(156) Voyez contra: Gand (23^{ème} ch.), 17 octobre 2001 (*J.D.S.C.*, 2004, n° 590, p. 274 et note M.A. DELVAUX, «La perte de substance du capital social et la sonnette d'alarme: quelques considérations critiques relatives à l'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 17 octobre 2001», *DAOR*, 2002, liv. 63, p. 300; *R.D.C.*, 2002, p. 703); selon cet arrêt les dirigeants doivent réunir une assemblée générale spéciale chaque année lorsqu'ils constatent, au moment de l'examen des comptes annuels, que l'actif net est inférieur à la moitié ou au quart du capital social. Voyez également X. FOSSOUL, «Observations sur l'article 103 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales», in *Liber amicorum Commission Droit et Vie des Affaires*, 40^{ème} Anniversaire (1957-1997), Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 565 et s. et les références citées.

35. Comment l'administrateur peut-il se dégager de sa responsabilité? Il est inutile de tenter de prouver que, même si elle avait été réunie, l'assemblée générale aurait pris la décision de poursuivre l'activité ou aurait adopté d'autres mesures adéquates (157). Un raisonnement *a posteriori* basé sur des conjectures de votes et de majorités potentielles n'est pas pertinent. Ainsi, un administrateur également actionnaire minoritaire ne pourrait affirmer qu'il n'avait pas le pouvoir de décider quoi que ce soit au sein de l'assemblée et qu'il était donc inutile de la réunir. Il aurait pu à tout le moins s'exprimer, attirer l'attention des autres associés sur tel ou tel élément et, le cas échéant, plaider pour la dissolution ou telle mesure de redressement de la société. Inversement, un administrateur par ailleurs actionnaire largement majoritaire ne peut prétendre qu'une réunion est inutile puisqu'il décide seul.

Il est également vain d'invoquer la circonstance que les mêmes personnes composent l'assemblée générale et le conseil d'administration et que le conseil s'est réuni régulièrement pour faire le point sur l'évolution de la société et sur les mesures à prendre (158). Quelle que soit la composition des organes, des règles spécifiques doivent être respectées, notamment pour la convocation de l'assemblée et l'information des associés, *a fortiori* dans le cadre de la procédure de «sonnette d'alarme» (ordre du jour mentionnant la dissolution éventuelle de la société, une modification des statuts ou d'autres mesures adéquates; rédaction et communication de rapports de l'organe de gestion; délibérations strictes de l'assemblée; présence éventuelle d'un notaire...). Ces formalités permettent d'attirer l'attention sur la gravité de la situation et de faire le point sur l'avenir de la société en pleine connaissance de cause, ce qui n'est possible qu'au sein d'une assemblée générale dûment convoquée. En outre, une série de mesures échappent à la compétence du conseil d'adminis-

tration: il ne peut modifier les statuts de la société (augmentation de capital – hormis l'hypothèse du capital autorisé –, réduction de capital, restructuration et dissolution de la société, ...), révoquer un dirigeant, ou nommer un ou plusieurs dirigeants complémentaires,

Il n'est pas davantage utile de prétendre qu'une assemblée générale ordinaire s'est prononcée dans le délai requis sur les comptes annuels, ce qui exclurait la nécessité d'une nouvelle assemblée spéciale (159).

Au surplus, ni la démission, ni l'incompétence avouée ne permettent de renverser la présomption légale (160). Les dirigeants pourront uniquement se libérer de leur responsabilité en établissant rigoureusement l'absence de lien de causalité entre leur faute et le dommage et en démontrant sans équivoque que le dommage aurait également été subi si l'assemblée avait été réunie au moment légalement requis. Ils pourront, notamment, prouver que la perte subie trouve son origine dans des opérations bien antérieures, ou des événements postérieurs selon le cas – à l'époque où l'assemblée générale aurait dû être convoquée ou qu'elle est inhérente à l'arrêt des activités (161).

§ 4. Le dépôt tardif des comptes annuels

36. Il incombe aux dirigeants d'établir annuellement les comptes annuels de la société qu'ils gèrent, et l'assemblée générale ordinaire doit délibérer sur ceux-ci (articles 282 et 284, 411 et 552 et 554 CS) (162). Cependant, ces comptes sont souvent présentés avec retard. Pour sanctionner cette carence la loi prévoit qu'en cas de présentation tardive (*plus de six mois après la clôture de l'exercice*) ou d'absence totale de présentation (163) des comptes annuels à l'assemblée générale, le dommage subi par les tiers est présumé résulter de

(157) La jurisprudence rejette ce type de défense car elle considère que le Code des sociétés impose un formalisme qui doit être respecté à la lettre en ce qu'il constitue la seule voie utile pour se poser réellement et concrètement la question de la poursuite des activités de la société, dans l'intérêt des tiers. Voyez en ce sens Comm. Charleroi, 11 novembre 1995 et 19 juin 1996, *R.R.D.*, 1997, p. 55 et note P.-E. GHISLAIN; *J.L.M.B.*, 1997, p. 664; *J.D.S.C.*, 1999, n° 101, p. 247 et note M.A. DELVAUX; Gand (12^{ème} ch.), 15 mars 2000, *J.D.S.C.*, 2003, n° 512, p. 223 et note M.A. DELVAUX, «Quelques observations relatives à la responsabilité des dirigeants pour défaut de convocation d'une assemblée générale en cas de perte prononcée du capital social», *T.G.R.*, 2001, p. 500 et note C. VAN SANTVLIET; J. RONSE et J. LIEVENS (*Les sociétés commerciales*, Éd. Jeune Barreau, 1985, p. 204). *Contra*: P. FRANÇOIS, «Questions relatives à la dissolution des sociétés», *Rev. not. belge*, 1985, p. 787 et s.

(158) A ce propos, on rappelle que, dans les SA, les SPRL et les SC, les associés peuvent à l'unanimité prendre par écrit toutes les décisions qui relèvent du pouvoir de l'assemblée générale, à l'exception de celles qui doivent être passées par acte authentique (articles 268, 382 et 536 CS). Les mesures de redressement pourraient donc être décidées sous cette forme. On rappelle toutefois que, parmi les mesures de redressement à envisager, l'augmentation ou la réduction du capital social nécessitent une modification statutaire et, partant, un acte authentique.

(159) Gand (12^{ème} ch.), 15 mars 2000, *J.D.S.C.*, 2003, n° 512, p. 223 et note M.A. DELVAUX, «Quelques observations relatives à la responsabilité des dirigeants pour défaut de convocation d'une assemblée générale en cas de perte prononcée du capital social», *T.G.R.*, 2001, p. 500 et note C. VAN SANTVLIET.

(160) Liège, 8 mai 2003, *DAOR*, 2003, liv. 65, p. 70.

(161) J.-Fr. GOFFIN, *op. cit.*, p. 214. Ils pourront aussi remplir les conditions d'exonération prévues aux articles 263, al. 2, 408, al. 3 ou 528, al. 2 CS (voir *supra*).

(162) Pour les SCRL, le Code n'exige pas *expressis verbis* la réunion annuelle d'une assemblée générale. Mais, dans la mesure où il mentionne expressément que l'assemblée générale doit discuter les comptes annuels, cette exigence d'annualité s'impose d'elle-même. Pour une étude détaillée des modalités et implications juridiques de la décharge, voyez A. GOEMINNE, «Kwijting van bestuurders en zaakvoerders», *R.W.*, 1995-96, II, pp. 1001 et s.

(163) Cette hypothèse, non visée par le texte légal mais qui entre *a fortiori* dans celle de la présentation tardive, est fréquente dans les sociétés «en sommeil».

ce retard (article 92 CS) (164). Toutefois, les dirigeants peuvent échapper à cette responsabilité en apportant la preuve que, en cas de dommage subi par un tiers, il n'y a aucun lien de causalité entre leur présentation tardive des comptes annuels et le préjudice du tiers concerné.

Une fois approuvés, les comptes annuels doivent être déposés par les soins des dirigeants à la Banque nationale de Belgique (article 98 CS). A nouveau, pour sanctionner cette carence, la loi prévoit qu'en cas de dépôt tardif (*plus de trente jours après leur approbation et/ou plus de sept mois après la date de clôture de l'exercice*) ou d'absence totale de dépôt (165) des comptes, le dommage subi par les tiers est présumé résulter de ce retard, cette présomption étant susceptible d'être renversée dans les mêmes conditions (166).

§ 5. L'absence de paiement du précompte professionnel ou de la TVA

37. L'administration fiscale a maintes fois tenté de mettre en cause la responsabilité des administrateurs, sur la base du droit commun, afin de les contraindre à payer le précompte professionnel que n'avait pas acquitté la société dont ils constituent l'organe. La jurisprudence a admis, à plusieurs reprises, que le défaut de versement des sommes retenues sur les rémunérations au titre de précompte professionnel constituait une faute aquilienne engageant la responsabilité des administrateurs en tant que violation d'une obligation légale déterminée (167). D'autres décisions récentes privilégient – fort heureusement selon nous – la thèse selon laquelle l'obligation de versement du précompte professionnel incombe uniquement à la société et, l'absence de paiement dudit précompte ne constitue pas – automatiquement – une faute per-

sonnelle dans le chef de chaque administrateur (168). Le non-paiement de précomptes ou d'impôts échus ne pourrait constituer une faute aquilienne des administrateurs que s'il procède d'un comportement frauduleux de leur part (169).

38. Sous un chapitre intitulé «*Responsabilité des dirigeants*», les articles 14 et 15 de la loi-programme du 20 juillet 2006 a mis en selle deux «*cavaliers fiscaux*», lancés au galop dès le 28 juillet 2006: l'article 442quater du CIR 92 et l'article 93undecies C du Code TVA (170).

Selon le gouvernement, la *ratio legis* de ces dispositions est la lutte contre la fraude fiscale (carrousels à la TVA, criminalité organisée...) s'agissant de sommes perçues ou retenues par l'entreprise mais qui, dans l'attente d'être versées au Trésor, ne constituent pas des moyens financiers de l'entreprise. Le législateur a également souhaité rétablir l'égalité concurrentielle entre les entreprises qui honorent leurs dettes fiscales dans les délais et celles qui n'y veillent pas (171).

Ces dispositions prévoient la responsabilité «*solidaire*» des dirigeants de société (172) chargés de la gestion journalière lorsque la société ne paie pas le précompte professionnel retenu sur les rémunérations de ses salariés (173) (ainsi que les intérêts (174)) ou la TVA (175) (ainsi que les intérêts et frais

(168) Civ. Turnhout, 14 juin 2002, *F.J.F.*, 2002, p. 244; Comm. Malines, 14 novembre 2002, *T.R.V.*, 2002, p. 643; Civ. Anvers, 24 février 2003, *T.F.R.*, 2003, p. 924; Civ. Hasselt, 23 avril 2003, *T.F.R.*, 2003, p. 926, note S. DE GEYTER.

(169) Dans le même sens, D. DESCHRIJVER, «Standpunt. In hoeverre zijn vennootschapsbestuurders persoonlijk aansprakelijk voor de door de vennootschap onbetaald gebleven bedrijfsvoorheffing», *T.R.V.*, 2001, pp. 554 et s.

(170) Voyez, pour de plus longs développements Th. LITANNIE, «La responsabilité fiscale des dirigeants d'entreprises», in *La responsabilité des administrateurs et dirigeants d'entreprise*, Colloque Vanham & Vanham du 24 novembre 2006, pp. 43 et s.

(171) *Nihil*.

(172) Sont aussi concernées les personnes morales visées à l'article 17, § 3, de la loi du 27 juin 1921 sur les associations sans but lucratif, les associations internationales sans but lucratif et les fondations, à savoir les «grandes» ASBL.

(173) Voyez les articles 273 et 412, al. 2 du CIR.

(174) On peut déduire cette extension aux intérêts du § 4 de l'article 442quater selon lequel «la responsabilité solidaire des dirigeants de la société ou de la personne morale ne peut être engagée que pour le paiement, en principal et intérêts, des dettes de précompte professionnel» (nous soulignons). Sauf à déceler dans ce § 4 une incohérence avec le silence du § 1^{er}, qui n'évoque pas le paiement des intérêts....

(175) Voyez les articles 17 et 22 du Code de TVA. Eu égard à la *ratio legis* de ces dispositions, on pourrait soutenir qu'il n'y a pas responsabilité en cas de factures impayées émises par la société car, en ce cas, l'obligation de paiement de la TVA est antérieure à sa perception effective.

(164) A noter que des sanctions financières sont également mises à charge de la société qui publie tardivement ses comptes annuels (article 101 CS).

(165) Cette hypothèse, non visée par le texte légal mais qui entre *a fortiori* dans celle du dépôt tardif, est fréquente dans les sociétés «dormantes» ou «moribondes».

(166) Parmi les causes de dissolution judiciaire d'une société commerciale, figure le fait de ne pas avoir déposés ses comptes annuels durant trois exercices consécutifs. Tout intéressé comme le Ministère public peut demander cette dissolution au tribunal de commerce, au plus tôt sept mois après la date de clôture du dernier exercice comptable. La société peut éviter cette sanction en régularisant sa situation en cours de procédure (article 182 CS).

(167) Anvers, 6 avril 1999, *T.R.V.*, 2000, p. 33 et note; Anvers, 13 décembre 1999, *T.R.V.*, 2000, p. 32 et note. Par un jugement du 1^{er} octobre 2002, le tribunal de première instance d'Anvers a retenu la responsabilité des administrateurs en considérant que le non-respect d'une norme de droit essentielle connue de chaque dirigeant, telle que l'obligation de retenir et de verser le précompte professionnel au Trésor, représentait, dans leur chef, un manquement à une norme de comportement prudent et diligent (Civ. Anvers, 1^{er} octobre 2002, *Fiscologue*, 2002, n° 863, p. 4).

accessoires (176)) et à condition que ce manquement soit «*imputable à une faute au sens de l'article 1382 du Code civil, qu'ils ont commise dans la gestion de la société ou de la personne morale*».

Cette responsabilité, qui pèse en première ligne sur les délégués à la gestion journalière, peut être étendue aux autres dirigeants de droit ou de fait, à l'exclusion des mandataires de justice, si une faute ayant contribué au manquement est établie dans leur chef. Il n'est donc pas exclu que des actionnaires majoritaires de certaines sociétés puissent être inquiétés. Mais seules les personnes informées du non-paiement des dettes fiscales sont susceptibles d'être poursuivies.

La solidarité existe non seulement entre le délégué à la gestion journalière unique et la société mais aussi entre les dirigeants chargés de la gestion journalière. Cette solidarité implique qu'aucune proportionnalité entre, d'une part, le manquement et, d'autre part, l'engagement ou le rôle exact de tel ou tel administrateur n'est prise en considération.

Il convient de relever que la question du dommage est, en l'occurrence, esquivée. La responsabilité solidaire des dirigeants porte sur le paiement d'une dette fiscale sans que le fisc doive apporter la preuve que le dommage subi par l'Etat s'identifie à l'impôt impayé. Il y va d'une sorte d'«*objectivation du dommage*».

Pourraient être considérées comme fautes – au sens de l'article 1382 du Code civil – commises dans la gestion: la poursuite nuisible, inconsiderée ou déraisonnable d'une activité déficittaire; la fraude en vue d'éluder l'impôt; le choix délibéré de la rétention des sommes dues comme mode de financement et le défaut d'aveu de faillite dans le délai légal (177).

De manière assez inquiétante, le texte instaure une présomption simple de faute au sens de l'article 1382 du Code civil en cas de «*non-paiement répété*»

(176) Article 93undecies C, § 1^{er}, la notion de «*frais accessoires*» recouvre principalement les amendes administratives, qui ont, selon la jurisprudence, un caractère pénal (voyez Cass., 25 mai 1999, *Pas.*, 1999, I, n° 307; J. KIRKPATRICK et S. NUDELHOLE, «Le contrôle judiciaire des amendes fiscales et le principe de proportionnalité», note sous Cass., 24 janvier 2002, *R.C.J.B.*, pp. 594 et s.; D. GARABEDIAN, «Le pouvoir d'appréciation du juge à l'égard des amendes administratives fiscales et de la cotisation spéciale sur «commissions secrètes», in *Liber Amicorum Jacques Malherbe*, 2006, pp. 491 et s.; V. SEPULCHRE, «Le contrôle juridictionnel des amendes fiscales», *R.G.C.F.*, 2003/2, pp. 5 et s.). Sur les conséquences de cette qualification quant à la compatibilité de l'article 93undecies C du Code TVA avec notre ordre juridique, voyez Th. LITANNIE, *op. cit.*, pp. 63 et s.

(177) Circulaire n° AAF/2006-0604 (AAF 14/2006) du 24 août 2006.

par la société du précompte professionnel ou de la TVA. Par inobservation répétée de l'obligation de paiement, les nouvelles dispositions légales entendent:

- le défaut de paiement d'au moins **deux ou trois** dettes «*échues*» au cours d'une période d'un an, selon qu'il s'agit - respectivement - d'un redevable **trimestriel ou mensuel** du précompte professionnel;
- le défaut de paiement d'au moins **deux ou trois** dettes «*exigibles*» au cours d'une période d'un an, selon qu'il s'agit d'un assujetti tenu au dépôt de déclarations **trimestrielles ou mensuelles** à la TVA.

Cela implique que tout dirigeant dont la société accuse trois à six mois de retard à l'égard du fisc risquera, même si elle n'est pas déclarée en faillite, de voir sa responsabilité personnelle mise en cause et reconnue à concurrence des dettes impayées en principal et en intérêts. Or, il est fréquent que de petites sociétés rencontrant des problèmes de trésorerie suspendent leurs paiements à l'ONSS ou au fisc pendant quelques mois afin de «*temporiser*», de se donner un peu d'air et de relancer ainsi leurs activités. On peut craindre que, dépourvues de cette flexibilité eu égard à la prudence des dirigeants, davantage de sociétés introduiront une demande en concordat ou feront aveu de faillite. D'autant plus qu'un autre argument les y incitera...

39. En effet, la présomption de faute est écartée lorsque le non-paiement provient de difficultés financières qui ont donné lieu à l'ouverture d'une procédure de concordat judiciaire (178), de faillite ou de dissolution judiciaire. Le texte ne pose aucune limite temporelle à la vigueur de cette exception; il n'apporte aucune précision quant au moment où doivent s'ouvrir ces procédures – qui ne doivent pas être introduites à la légère – pour que la présomption de faute – d'interprétation nécessairement restrictive – soit inopérante. On peut en déduire que, même introduite *a posteriori* par rapport à la mise en cause de la responsabilité solidaire, l'une ou l'autre des procédures visées obligera l'administration à prouver la faute du dirigeant, en établissant, le cas échéant, que cette procédure a été introduite tardivement.

Il a été jugé à plusieurs reprises que la responsabilité des dirigeants qui ont violé leurs obligations légales doit être rejetée lorsque la société se trouve dans une situation catastrophique, au motif qu'ils se trouveraient ainsi placés dans une sorte d'«*état de nécessité*» (179) ne leur laissant pas d'autres choix

(178) *Nihil*.

(179) Cette notion originaire du droit pénal n'est pas totalement étrangère au droit civil, qui l'utilise tant en matière de responsabilité aquilienne que contractuelle, mais elle est très rare.../...

que de violer la loi (180). Ces illustrations prennent généralement place dans le cadre de la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers, et notamment à l'égard des créanciers «institutionnels» pour violations des obligations fiscales et/ou sociales. Il convient de souligner que les cas dans lesquels cet «état de nécessité» a permis d'exonérer la responsabilité des dirigeants demeurent particuliers (181) et exceptionnels (182). Les décisions concernées doivent donc être traitées avec prudence.

Sur le plan pénal, l'article 71 du Code pénal crée une cause de justification en stipulant qu'il n'y a pas d'infraction lorsque le prévenu a été contraint par une force à laquelle il n'a pu résister. L'état de nécessité est admis par la jurisprudence moyennant des conditions cumulatives assez strictes (183):

- la valeur du bien sacrifié doit être inférieure ou à tout le moins équivalente à celle du bien que l'on prétend sauvegarder;
- le droit ou l'intérêt à sauvegarder doit être en danger actuel, certain et sérieux (184);

.../...

ment invoquée devant les juridictions civiles. Voyez L. CORNELIS et P. VAN OMME-SLA-GHE, «Les faits justificatifs dans le droit belge de la responsabilité aquilienne», in *Memoriam Jean Limpens*, Anvers, Kluwer rechtswetenschappen, 1987, pp. 265 et s.; P. WERY, «L'état de nécessité et l'élision de la faute aquilienne et de la faute contractuelle», *R.R.D.*, 1987, pp. 105 et s.

(180) Voyez par exemple Liège, 11 mai 2001, *J.T.*, 2002, p. 194; Liège, 24 octobre 2003, *J.D.S.C.*, 2005, n° 665, p. 174 et note M.A. DELVAUX, «Où l'on apprend que l'état de nécessité permet aux dirigeants de méconnaître en toute impunité les obligations sociales et fiscales pesant sur la société gérée», *F.J.F.*, n° 2005/125, p. 407; Liège (7^{ème} ch.), 13 janvier 2004, *J.D.S.C.*, 2005, n° 667, p. 183.

(181) Dans l'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 24 octobre 2003 précité, il s'agissait d'administrateurs provisoires, apparaissant comme les «sauveteurs» de la société. La position de la Cour aurait sans doute été différente en présence des administrateurs «en poste» des sociétés concernées. En outre, les faits reprochés s'étaient produits «pendant un laps de temps très réduit au cours d'une période de vacances».

(182) Toutes les juridictions ne sont, en effet, pas aussi indulgentes. Voyez Anvers (5^{ème} ch.), 30 janvier 2003 *J.D.S.C.*, 2005, n° 666, p. 180 et obs. M.A. DELVAUX: la responsabilité des administrateurs en défaut de veiller à ce que la société remplisse ses obligations fiscales, et plus particulièrement le versement du précompte professionnel, a été reconnue expressément car la Cour a estimé qu'il n'existait aucune preuve de ce que cette carence aurait été due à des problèmes insurmontables de liquidité dans le chef de la société.

(183) Voyez notamment Cass., 10 janvier 1995, *Arr. Cass.* 1995, p. 30, *Bull.* 1995, p. 30, *Pas.* 1995, I, p. 30, *Dr. circ.* 1995, p. 239; Cass. (ch. réun.), 5 avril 1996, *Arr. Cass.* 1996, p. 247, *Bull.* 1996, p. 283, *J.T.* 1996 (abrégé), p. 411, *Pas.* 1996, I, p. 283, *R. Cass.* 1996, p. 257, *Rev. dr. pén.* 1996, p. 634; Cass., 28 avril 1999, *Arr. Cass.* 1999, p. 581, *Bull.* 1999, p. 598; Bruxelles (12^{ème} ch.), 11 janvier 2001, *J.T.* 2002, p. 266; Civ. Louvain (5^{ème} ch.), 8 janvier 2003, *R.W.* 2003-04, p. 748 et note A. TERMONIA.

(184) Corr. Anvers 3 mai 1991, *J.T.* 1993, p. 296 et note. Il ne suffit certainement pas d'évoquer un péril imaginaire, possible ou lointain.

- il doit être impossible d'éviter le mal autrement que par l'infraction (caractère irrésistible);
- l'agent n'ait pas volontairement créé par son fait la situation qui le met en état de nécessité et le péril dont il se prévaut (185) (caractère extérieur à l'agent).

Les jurisprudences se référant à l'état de nécessité pour rejeter la responsabilité des dirigeants soulignent généralement l'existence d'un danger imminent et grave et l'impossibilité d'agir autrement (186). Qu'implique le respect, en matière civile, des deux autres conditions imposées par la jurisprudence pénale? D'une part, le juge doit mettre en balance l'intérêt de la société comme acteur économique et social et l'intérêt des tiers (fisc, ONSS, tiers contractuels, ...) au respect de la loi ou du contrat conclu. D'autre part, il doit vérifier si ce ne sont pas les carences ou les fautes de gestion antérieures des dirigeants qui ont conduit la société dans la situation délicate dans laquelle elle se trouve.

40. Alors que dans la première ébauche de la loi, l'administration fiscale pouvait de manière expéditive, requérir d'un huissier qu'il réclame à l'administrateur concerné le paiement des dettes, la procédure finalement adoptée est «progressive».

L'action judiciaire n'est recevable qu'à l'expiration d'un délai d'un mois à dater d'un avertissement adressé par le receveur, sous la forme de lettres recommandées, aux dirigeants responsables. Le receveur les invitera à s'expliquer. Ils pourront soit proposer des mesures nécessaires pour remédier au manquement, le cas échéant par la mise au point d'un plan d'apurement assorti de mesures conservatoires, soit démontrer que ce manquement n'est pas imputable à une faute qu'il a commise. Le ou les dirigeants concernés pourront, à cette fin, invoquer les aléas économiques ou juridiques qui affectent la trésorerie de la société (récupération de créances infructueuses, litiges, perte de contrats...), les événements qui les concernent personnellement (accident, maladie...).

(185) Voyez Cass. (2^{ème} ch.), 13 novembre 2001, *Pas.* 2001, p. 1848, et concl. DE SWAEF; Cass. (2^{ème} ch.), 24 mars 1999, *Arr. Cass.* 1999, p. 429, *Bull.* 1999, p. 441, *R.W.* 2001-02, p. 841, *Dr. circ.* 1999, p. 279.

(186) Voyez, notamment, dans l'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 24 octobre 2003 précité les motifs suivants: «le péril imminent constitué par une cessation brutale des activités débouchant sur une fermeture d'entreprise sans espoir; (...) le risque de fermeture était réel; (...) attendu qu'il ne peut donc être question dans leur chef d'un choix délibéré mais d'une nécessité; (...) qu'en l'espèce, il n'y avait pas possibilité d'écarter d'une autre manière le péril imminent constitué par une cessation brutale des activités débouchant sur une fermeture d'entreprise sans espoir; (...) en remplissant leur mission compte tenu des données particulièrement contraignantes qui s'imposaient à eux» (nous soulignons).

Cette disposition ne fait, toutefois, pas obstacle à ce que le fonctionnaire chargé du recouvrement puisse requérir, dans le délai d'un mois, des mesures conservatoires - saisies sur comptes bancaires ou autres - à l'égard du patrimoine du ou des dirigeants de la société ou de la personne morale qui ont fait l'objet de l'avertissement.

Si les explications données ou les mesures proposées ne sont pas satisfaisantes, l'action judiciaire visant à leur condamnation au paiement des sommes dues pourra être introduite devant le tribunal de commerce ou devant le tribunal de première instance, selon que l'on considère qu'il s'agit d'une «*contestation pour raison d'une société de commerce entre administrateurs ou gérants et tiers*» (article 574-1° du Code judiciaire) ou d'une contestation afférente à une loi d'impôt (loi du 23 mars 1999 relative à l'organisation judiciaire en matière fiscale). Cette seconde branche de l'alternative a notre préférence.

41. Ces dispositions sont à rapprocher de celles ayant modifié le régime de l'action en comblement de passif.

Il est assurément pernicieux que des super-privileges soient ainsi octroyés à certains créanciers favorisés par des dispositions obscures, alambiquées, voire contradictoires, camouflées dans une loi-programme au mépris de la correcte information des dirigeants. Il est regrettable que soit ainsi levé le voile social et soit remise en cause la séparation entre l'activité économique et le patrimoine des dirigeants et associés que permet d'instaurer le principe de la responsabilité limitée.

On peut craindre que ce climat de méfiance incite les personnes susceptibles d'exercer la fonction d'administrateur à préférer le statut de consultants indépendants et extérieurs pour aider les entreprises (186bis).

L'administrateur prudent sera bien inspiré de chercher à savoir si les paiements fiscaux et sociaux ont été correctement effectués et de faire acter dans le procès-verbal l'éventuelle réponse positive de la direction. En cas de réponse négative, il pourra exiger une nouvelle convocation du conseil afin de couvrir les risques.

(186bis) Même en cette qualité, ils devront faire preuve de prudence pour ne pas être considérés comme des administrateurs de fait.

§ 6. Les procédures relatives aux conflits d'intérêts (187)

42. La notion de «*devoir fiduciaire*», consacrée par le droit anglo-saxon, fixe les limites du pouvoir des administrateurs de gérer les affaires de la société et, *a contrario*, détermine l'étendue du contrôle que les autres intervenants peuvent exercer sur cette gestion («*Business judgment rule*» ou «*marginal toetsing*»).

Les hypothèses de conflits d'intérêts ont expressément retenu l'attention du législateur, qui a prévu des procédures spécifiques pour les régler dans le cadre des SPRL et des SA (articles 259 et 523 CS). Dans le cadre de cette contribution, nous ne pouvons qu'en esquisser les principes.

43. Le champ d'application des dispositions légales est large: la seule existence dans le chef de l'administrateur d'un intérêt opposé de nature patrimoniale, direct ou indirect, à une opération ou une décision soumise à l'approbation du conseil d'administration suffit à créer une situation de conflit d'intérêts (188). Toutefois, il ne faut pas avoir une compréhension trop extensive

(187) Sur cette question, voyez le livre 23 du *Guide juridique de l'entreprise*, Diegem, Kluwer, n° 340 à 500; E. WYMEERSCH, *De belangenconflictenregeling in de vennootschappen*, Anvers-Apeldoorn, Maklu, 1996; G. KEUTGEN et A.-P. ANDRE-DUMONT, «La société et son fonctionnement», *Droit des sociétés, les lois des 7 et 13 avril 1995*, Centre Jean Renauld, Bruxelles - Louvain-la-Neuve, Bruylant-Academia, 1995, p. 253. L. SIMONT, «Conflits d'intérêts: les implications des nouveaux articles 60 et 60bis», *Rev. prat. soc.*, 1996, p. 369; H. DE WULF, «De nieuwe regeling voor intra-groepsbeslissingen: het herschreven art. 524 W.Venn.», *T.R.V.*, 2002, p. 584; Comp. M. WYCKAERT, «De nieuwe belangenconflictenregeling: op naar een Belgisch groepsrecht?», *Nieuw vennootschapsrecht 2002: Wet Corporate Governance*, Jan Ronse Instituut, Kalmthout, Biblo, 2003, pp. 169 et s.; M. CALUWAERTS, «Conflits d'intérêts et droit des groupes», in *Dernières évolutions en droit des sociétés*, Bruxelles, Ed. Jeune barreau, 2003, pp. 161 et s.; D. SZAIFRAN, «Les conflits d'intérêts au sein des groupes de sociétés et la notion d'administrateur indépendant», in A. PUTTEMANS (coord.), *Actualités en droit des sociétés*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 33 et s.; Ph. HAMER et C. DE POTTER «Les conflits d'intérêts», in Y. DE CORDT (dir.), *Evolution et perspectives du droit des sociétés - Anno 2006*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 223 et s.

(188) Lorsque le gérant unique d'une SPRL fait acquérir par celle-ci les actions qu'il détient dans une autre société, il y a conflit d'intérêts (Bruxelles, 9^{me} ch., 28 février 2002, *J.D.S.C.*, 2004, n° 568, p. 189; *J.L.M.B.*, 2003/29, p. 1256). Lorsque les actionnaires minoritaires d'une société démontrent que leur administrateur délégué est impliqué à concurrence de pratiquement 100 % dans d'autres sociétés avec lesquelles leur société fait des affaires, ce qui permet à ces autres sociétés d'en retirer un avantage financier, on peut craindre que les intérêts de la société ne soient mis en péril (Anvers, 5^{me} ch., 8 mai 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 405, p. 178 et note M.A. DELVAUX, «Quelques réflexions en matière d'action en désignation d'un expert vérificateur et d'action sociale minoritaire», *DAOR*, 2001, liv. 57, p. 56). Sur l'ensemble de cette question, on épingle l'intéressante synthèse réalisée par M. COIPEL, «Les sociétés privées à responsabilité limitée», *op. cit.*, pp. 247 à 256.

de cette notion et les limites suivantes ont été soulignées par la doctrine et la jurisprudence:

- l'intérêt de l'administrateur n'est pas pris en considération lorsqu'il est seulement marginal ou de moindre importance (189);
- la procédure ne s'applique qu'à propos d'opérations impliquant dans le chef de la société la création de droits et obligations, ce qui n'est pas le cas lorsque le conseil doit donner un simple avis dans le cadre d'une OPA ou quand il doit agréer une cession d'actions (190);
- le respect de la procédure ne s'impose qu'à propos d'opérations pour lesquelles le conseil dispose d'un véritable pouvoir de décision, ce qui n'est pas le cas lorsque la décision ultime appartient à l'assemblée et que le conseil n'intervient que dans une phase préparatoire;
- les articles 259 et 523 du Code des sociétés ne s'appliquent pas aux décisions du conseil qui veillent à l'exécution d'une opération antérieurement décidée par lui ou à la mise en œuvre de mesures adoptées préalablement par l'assemblée générale (191).

Des exceptions sont expressément prévues par les articles 259 et 523 du Code. La procédure légale ne s'applique pas lorsque (i) les opérations ou décisions concernées interviennent entre deux sociétés, dont l'une détient directement ou indirectement au minimum 95 % des voix attachées à l'ensemble des titres émis par cette société, (ii) les 95 % de voix attachées à l'ensemble des titres émis par les deux sociétés contractantes sont détenus par une troisième société et (iii) les décisions à adopter ou les opérations à accomplir par le conseil d'administration relèvent des opérations habituelles et sont conclues dans des conditions et sous les garanties normales du marché pour des opérations de même nature.

44. L'administrateur ou le gérant en situation de conflit d'intérêts doit en informer tous les autres administrateurs ou gérants avant la délibération du conseil d'administration ou du collège de gestion (192). En vue de la publication dans le rapport de gestion, ou, à défaut de rapport, dans une pièce qui doit

(189) J.-M. GOLLIER et P. MALHERBE, *Les sociétés commerciales: lois des 7 et 13 avril 1995*, Bruxelles, Larcier, 1996; X. DIEUX, «Observations sur le régime des conflits d'intérêts au sein du conseil d'administration de la SA», Séminaire Vanham & Vanham, 17 mai 1995, p. 6.

(190) J.-M. van der HAEGEN et J.-M. GOLLIER, *Les sociétés commerciales (loi du 18 juillet 1991)*, J.T., 1992, p. 209.

(191) K. GEENS, «Fonctionnement des organes sociaux», *Le nouveau droit des sociétés (SA et SPRL)*, 1992, p. 125.

(192) Si des commissaires ont été nommés par la société, ils devront également être informés de l'existence de ce conflit d'intérêts et des raisons de celui-ci, mais cette information pourra intervenir postérieurement à la réunion du conseil.

être déposée en même temps que les comptes annuels, le conseil d'administration décrit, dans son procès-verbal, la nature de la décision ou de l'opération et donne une justification de la décision qui a été prise ainsi que des conséquences patrimoniales pour la société. Le rapport de gestion contiendra l'entièreté de ce procès-verbal. Le rapport des éventuels commissaires doit comporter une description séparée des conséquences patrimoniales qui résultent pour la société de cette décision du conseil d'administration. Dans les sociétés ayant fait ou faisant publiquement appel à l'épargne, l'administrateur concerné ne peut assister aux délibérations du conseil d'administration, ni prendre part au vote (193).

45. La société peut agir en nullité des décisions prises ou des opérations accomplies en violation des règles prévues si les tiers contractants avaient ou devaient avoir connaissance de cette violation (articles 259, § 2 et 523, § 2 CS).

Quant aux responsabilités, diverses situations doivent être distinguées suivant que les formalités particulières exigées par la loi ont ou non été respectées par les administrateurs (articles 529 et 264 CS).

- Si la *procédure n'a pas été respectée*, il y a lieu de retenir la responsabilité des administrateurs et gérants pour violation du Code des sociétés (articles 263 et 528 CS). Les administrateurs pourront cependant être exonérés de cette responsabilité s'ils ne sont pas fautifs et ont dénoncé les infractions à l'assemblée générale la plus proche.

- Même si la *procédure a été respectée*, les administrateurs sont personnellement et solidairement responsables pour le dommage subi par les tiers ou par la société du fait des décisions ou des opérations du conseil d'administration pour lesquelles existait un conflit d'intérêts, si les décisions ou opérations leur ont procuré, ou ont procuré à certains d'entre eux, un avantage financier abusif au détriment de la société.

L'interprétation littérale de l'article 529 conduit à ce que, si le conseil d'administration respecte intégralement la procédure prévue par l'article 523 mais

(193) L'article 524ter CS envisage la problématique du conflit d'intérêts qui peut apparaître au sein du comité de direction lorsqu'un de ses membres a un intérêt opposé à une décision ou une opération relevant de sa compétence. La société peut cependant prévoir dans ses statuts une procédure en vertu de laquelle le membre du comité de direction placé dans un conflit d'intérêts informe directement le conseil d'administration, qui approuve alors seul la décision ou l'opération, en suivant si nécessaire la procédure de conflit d'intérêts en son sein. Sur cette question, voyez E. POTTIER et T. L'HOMME, «La loi 'corporate governance' du 2 août 2002 modifiant le Code des sociétés», *R.D.C.*, 2005, pp. 333-334.

qu'un administrateur a obtenu un avantage abusif au détriment de la société, tous les administrateurs sont personnellement et solidairement responsables du préjudice subi tant par la société que par les tiers, sans pouvoir s'exonérer de leur responsabilité. Ainsi, l'administrateur ayant voté contre la décision serait également responsable et, de manière générale, les administrateurs ayant respecté la procédure seraient plus sévèrement traités que ceux qui ne l'ont pas respectée. Afin d'éviter cette conséquence absurde, une partie de la doctrine considère, sur la base de la référence aux articles 263 et 528 dans les articles 264 et 529, que l'administrateur peut s'exonérer de sa responsabilité dans les conditions prévues aux articles 263, al. 2 et 528, al. 2 (194). Cette solution nous paraît devoir être approuvée (195).

Nous n'aborderons pas ici l'article 524 du Code des sociétés applicable, au sein des sociétés cotées, aux décisions et opérations intra-groupes (voir *supra* à propos des administrateurs indépendants). L'article 529 prévoit, à propos de cette hypothèse particulière de conflits d'intérêts, un régime de sanctions similaire à celui afférent aux oppositions d'intérêts entre un administrateur et sa société.

SECTION 6

QUESTIONS DE PROCÉDURE

§ 1. Les titulaires de l'action en responsabilité

46. Nous avons déjà traité incidemment de cette question dans les sections précédentes mais nous apportons ici quelques précisions complémentaires. Nous allons examiner l'action introduite par la société ou ses actionnaires minoritaires avant d'analyser celle introduite par les tiers.

A. LA SOCIÉTÉ

47. Hors l'hypothèse de l'action minoritaire (voir *infra*), c'est l'assemblée générale – compétente pour accorder la décharge – qui est seule compétente pour décider d'introduire une action en responsabilité contre les administra-

(194) H. LAGA, «Belangenconflicten, aantal bestuurders en schriftelijke besluitvorming in de N.V.», *De nieuwe vennootschapswetten van 7 en 13 april 1995*, Jan Ronse Instituut, Kalmt-hout, Biblo, 1996, p. 199, n° 45.

(195) Elle semble d'ailleurs être implicite dans les travaux préparatoires: voyez G. KEUTGEN et A.-P. ANDRE-DUMONT, «La société et son fonctionnement», *op. cit.*, pp. 263-264.

teurs et gérants (196). Cette décision, qui doit intervenir avant l'introduction de la demande en justice (197), est exigée même dans les sociétés familiales (198).

Cette exigence ne met pas en doute le mandat *ad litem* du conseil de la société (article 440 du Code judiciaire) mais impose, pour que l'action soit recevable, de vérifier que l'organe compétent a expressément décidé qu'une action sera introduite. Il s'agit donc d'une question de recevabilité et, plus précisément, de pouvoir d'introduire une procédure judiciaire au nom de la société (199). En effet, les articles 289, 415 et 561 précisent que la demande ne peut être introduite qu'après la décision de l'assemblée générale. En l'absence d'une telle décision, la société (via ses représentants légaux, les administrateurs ou gérants) ne dispose pas de la qualité nécessaire, au sens de l'article 17 du Code judiciaire, pour introduire l'action sociale. En restreignant leur pouvoir de représentation, ces articles du Code des sociétés constituent dès lors une limitation légale du pouvoir de représentation du conseil d'administration et des gérants, qui «est non seulement opposable aux tiers mais peut également être invoquée par ceux-ci à l'encontre de la société» (200).

Dans la mesure où la qualité du demandeur doit être appréciée au moment où il introduit l'action, la ratification ultérieure de la demande par l'assemblée ou les curateurs ne peut faire obstacle à l'irrecevabilité de la demande. Par contre, il va de soi que le curateur peut introduire l'*actio mandati* sans délibé-

(196) Cass. (1^{ère} ch.), 25 septembre 2003, *DAOR*, 2004, liv. 67, p. 44 et note, *T.R.V.*, 2004, p. 35 et note J. VANANROYE, *R.D.C.*, 2005, p. 382 et note S. GILCART, «Action sociale contre un administrateur de société anonyme: décision préalable de l'assemblée générale». Lorsqu'elle n'a pas fait l'objet d'une décision de l'assemblée générale, l'action sociale dirigée contre l'administrateur d'une société au nom de la société peut être rejetée à la demande de cet administrateur, même si elle a été portée devant le tribunal à l'intervention d'un organe compétent; Anvers, 1^{er} mars 1999, *R.D.C.*, 2000, p. 615; Comm. Hasselt, 8 mars 2000, *T.R.V.*, 2000, p. 184, *J.D.S.C.*, 2001, n° 314, p. 191 et note M.A. DELVAUX; Comm. Hasselt, 27 mars 2000, *T.R.V.*, 2000, p. 186 et note B. VAN BRUYSTEGEM, *J.D.S.C.*, 2002, n° 378, p. 87 et note J.F. GOFFIN et E. VIATOUR; voyez également J. RONSE, J.M. NELISSEN GRADE, K. VAN HULLE, J. LIEVENS, H. LAGA, «Vennootschappen (1978-1985)», *T.P.R.*, 1986, n° 259, p. 1280; voyez également J. RONSE *et al.*, «Vennootschappen», *T.P.R.*, 1978, n° 203, p. 824. (197) Voyez notamment Comm. Hasselt (1^{ère} ch.), 8 mars 2000, *J.D.S.C.*, 2001, n° 314, p. 191 et obs. M.A. DELVAUX *et T.R.V.*, 2000, p. 184.

(198) Comm. Hasselt, 3^{ème} ch., 27 mars 2000, *T.R.V.*, 2000, p. 186, note B. VAN BRUYSTEGEM, «Over de bekrachtiging van een *actio mandati*», pp. 188 et s.

(199) Anvers, 1^{er} mars 1999, *T.R.V.*, 2000, p. 181 et *D.A.O.R.*, 2000, n° 54, p. 126.

(200) S. GILCART, «Action sociale contre un administrateur de société anonyme: décision préalable de l'assemblée générale», note sous Cass. (1^{ère} ch.), 25 septembre 2003, *R.D.C.*, 2005, p. 386. L'auteur rappelle que les limites statutaires aux pouvoirs des organes ayant qualité pour représenter la société n'ont par contre qu'une portée interne et ne peuvent être opposées aux tiers ou invoquées par eux.

ration préalable de l'assemblée générale puisqu'il remplace tous les organes de la société faillie (201).

48. Chaque année, l'assemblée générale ordinaire, après avoir entendu le rapport de gestion, le rapport des commissaires et discuté le bilan, doit se prononcer par un vote spécial sur la décharge des administrateurs ou des gérants (202). Cette décharge libère les administrateurs ou gérants de la responsabilité qu'ils auraient pu encourir envers la société – et non les tiers – pour les actes accomplis au cours de l'exercice écoulé, qu'il s'agisse de fautes simples de gestion ou de violations du Code des sociétés ou des statuts (203). Seul subsiste alors le risque d'une action sociale minoritaire exercée par des actionnaires n'ayant pas voté la décharge ou dont la décharge accordée a été ultérieurement invalidée.

Encore faut-il, pour que la décharge produise un tel effet que, d'une part, le bilan ne contienne ni lacune ni tromperie dissimulant la situation réelle de la société et que, d'autre part, les actes accomplis en contradiction avec les statuts ou avec le Code aient été spécialement indiqués dans la convocation (articles 284, al. 2, 411, al. 2 et 554, al. 2 CS) (204): les actionnaires doivent en effet pouvoir apprécier la gestion en connaissance de cause (205). La décharge peut être acceptée même en cas d'inexactitudes ou de dissimulations dans le bilan si l'assemblée générale a été informée, par une voie différente, de la situation réelle de la société (206). De manière générale, les omissions et

(201) J. RONSE, J.M. NELISSEN-GRADE, K. VAN HULLE, J. LIEVENS et H. LAGA, *op. cit.*, n° 262, p. 1281.

(202) *Nihil*.

(203) Sauf stipulation expresse contraire, la décharge ne couvre pas les fautes aquilienne des dirigeants. La prudence invite donc à indiquer expressément que la décharge couvre toutes les fautes des dirigeants, quel que soit leur fondement, et donc y compris la responsabilité fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil.

(204) Le Code des sociétés a introduit une nouveauté en la matière, sans que les travaux préparatoires ne l'aient souligné clairement: les textes indiquent désormais *expressis verbis* que doivent être mentionnés dans la convocation les actes faits «*en contravention du présent code*», qui n'étaient pas visés par le passé (*Doc. parl.*, Ch., 1998-1999, n° 1838/1, pp. 76, 101 et 130). (205) Voyez notamment sur ce point, Cass., 12 févr. 1981, *J.D.S.C.*, 2000, n° 160, p. 137 et n° 199, p. 239, *Rev. prat. soc.*, 1981, p. 116; *Pas.*, 1981, I, p. 639. Ainsi, il a été jugé que ne peut invoquer le quitus qui lui a été donné à la fin de son mandat l'ancien administrateur qui est poursuivi par la société pour une dette impayée en compte courant - laquelle est née après une correction de la comptabilité rendue nécessaire après que quelques irrégularités aient été révélées - dans la mesure où la décharge a été donnée à un moment où l'assemblée générale n'était pas au courant de la situation comptable exacte (Gand, 12^{ème} ch. Bis, 9 octobre 2002, *T.R.V.* 2004 (abrégé), p. 58 et note).

(206) Gand, 25, juin 1999, *JDSC*, 2002, n° 402, p. 164 et obs. M.A. DELVAUX.

indications fausses qui n'ont pas eu pour effet d'induire l'assemblée générale en erreur restent sans incidence sur la validité de la décharge (207).

On peut se demander dans quelle mesure il est acceptable qu'une assemblée générale accorde la décharge aux dirigeants lorsque ceux-ci ont violé une disposition du Code des sociétés (208). Le quitus est un acte juridique unilatéral, dont l'une des conditions de validité est la licéité de leur cause (209). Qu'en est-il lorsque les dirigeants violent une disposition d'ordre public et que l'assemblée générale leur donne la décharge? Peut-on affirmer que ce quitus est nul, au vu de l'illicéité de sa cause (article 1131 du Code civil) (209bis)? Nous laissons la question à la réflexion du lecteur.

La décharge valablement votée peut-elle être opposée au curateur, qui représente à la fois la masse des créanciers (210) et la société faillie elle-même (211)? Les implications du vote de la décharge devront être distinguées suivant la qualité en vertu de laquelle agit le curateur: la décharge est opposable au curateur lorsqu'il agit sur pied de l'*actio mandati* mais non lorsqu'il introduit une action au nom de la masse des créanciers, sur pied de la violation du Code ou des statuts ou sur pied des articles 1382-1383 du Code civil (212).

Un actionnaire peut-il valablement s'engager à donner décharge? Cette question peut se poser dans le cadre de la reprise des actions d'une société (l'ac-

(207) Voyez à ce sujet Cass., 12 février 1981, *J.D.S.C.*, 2000, n° 160, p. 137 et n° 199, p. 239; *Rev. prat. soc.*, 1981, p. 116; *Pas.*, 1981, p. 639; Comm. Bruxelles, 15 mars 1988, *Rev. prat. soc.*, 1988, p. 234.

(208) Une question similaire se pose dans l'hypothèse de la violation des statuts sociaux mais elle semble moins préoccupante car, les statuts étant le fruit du commun accord des associés, ceux-ci peuvent de commun accord les modifier et donc *a fortiori* couvrir une violation ponctuelle.

(209) Le Code civil n'a élaboré de manière détaillée que le régime juridique des contrats et reste muet quant aux actes juridiques unilatéraux. La doctrine considère cependant que les dispositions relatives aux contrats peuvent s'appliquer, *mutatis mutandis*, aux actes juridiques unilatéraux. On renvoie dès lors aux articles 1108 et s. du Code civil relativement à leurs conditions de validité.

(209bis) Peut-on considérer que le quitus est nul à défaut d'objet, ce dernier étant illicite (article 1126 du Code civil)?

(210) A tout le moins ceux qui, suite à la faillite, ont fait leur déclaration de créance auprès de la curatelle dans le délai requis. Les autres créanciers, non représentés par le curateur, conservent en principe leur droit individuel d'action. Ce droit est toutefois paralysé aussi longtemps que la faillite n'est pas clôturée, et, lorsque le failli est une société, disparaît inexorablement à la clôture.

(211) Sur cette double qualité, voyez P. COPPENS et F. T'KINT, «Les faillites, les concordats et les privilèges, Examen de jurisprudence (1984-1990)», *R.C.J.B.*, 1991, pp. 318 et s. et spéc. n° 14 à 16.

(212) Voyez la note de M. WYCKAERT, «De aansprakelijkheid van bestuurders of zaakvoerders bij faillissement van hun vennootschap», publiée sous Gand (12^{ème} ch.), 1^{er} mars 1989, *T.R.V.*, 1989, p. 434, et principalement les pages 446-447.

quéreur s'engage à réunir une assemblée générale ayant pour objet de donner décharge aux dirigeants qui vont être remplacés) ou lors de la démission d'un administrateur, (qui souhaite généralement obtenir la décharge pour l'exercice en cours, voire pour l'exercice antérieur si la démission survient en début d'exercice et si les comptes annuels de l'exercice précédent n'ont pas encore été approuvés). Dans la pratique, l'engagement à donner décharge est donné soit par la société, par le biais de son conseil d'administration (213), soit par les actionnaires majoritaires. La validité de pareil engagement est controversée. Certains auteurs considèrent que la décharge ne peut être octroyée alors même que les comptes annuels de l'exercice en cours ne sont pas connus (214). D'autres acceptent de tels engagements (215) et soutiennent que l'actionnaire qui ne les respecterait pas serait tenu à des dommages et intérêts envers l'administrateur. On peut conseiller au dirigeant qui souhaite être couvert de demander la tenue d'une assemblée générale spéciale afin qu'il expose sa gestion et en demande l'approbation par une forme de *quitus spécial*. La décharge *stricto sensu* n'est certes pas obtenue au moment de la réunion de ladite assemblée (216) mais la société ne pourrait ultérieurement engager la responsabilité de ce dirigeant pour des faits sur lesquels, étant parfaitement informée par le dirigeant, elle a marqué son accord (217).

49. La décision d'intenter l'*actio mandati* à l'encontre des membres du comité de direction d'une SA appartient au conseil d'administration (218). Le Code ne prévoit pas expressément la possibilité de décharger les membres du comité de direction. Rien n'empêche toutefois que la décharge soit accordée, expressément ou tacitement, par le conseil d'administration, avec le conflit d'intérêts que cela comporte dans le chef des administrateurs membres du comité de direction. La décharge donnée au conseil d'administration par l'as-

(213) Le conseil d'administration ne peut cependant que s'engager à proposer de bonne foi la décharge à l'assemblée générale, puisque *in fine*, seule cette dernière peut valablement décharger les administrateurs.

(214) Voyez D. VAN GERVEN, «Les clauses limitatives de responsabilité, les garanties d'indemnisation et l'assurance responsabilité civile des mandataires sociaux», *Rev. prat. soc.*, 1998, p. 143.

(215) A condition bien sûr qu'ils ne soient pas entachés d'erreur ou de dol. Voyez J. Fr. GOFFIN, *op. cit.*, p. 326.

(216) Elle sera obtenue définitivement lors de l'assemblée générale annuelle ultérieure.

(217) Voyez Bruxelles (9^{ème} ch.), 12 avril 2002, *J.T.*, 2002, p. 668; *Rev. prat. soc.*, 2003, p. 276 et note. La Cour rappelle que c'est l'assemblée générale de la société anonyme qui, outre une éventuelle action minoritaire, dispose du pouvoir souverain d'intenter ou non l'*actio mandati*. Cette disposition ne fait pas obstacle au pouvoir dont dispose l'assemblée générale de donner en tout temps quitus à un administrateur du chef de sa responsabilité à l'égard de la société, ou éventuellement de transiger avec lui à ce sujet. La décharge n'est pas valable lorsqu'il n'était pas possible aux actionnaires de se rendre un compte exact de la situation de la société.

(218) *Doc. Parl.*, Ch., 2002-2003, n° 1211/1001, p. 13.

semblée générale emporte, selon nous, celle du comité de direction, même si ce dernier n'a aucun compte à lui rendre. Aux termes de l'article 524bis, al. 1 CS, c'est le conseil d'administration qui est chargé de surveiller le comité de direction. On peut considérer que l'assemblée générale qui vote la décharge du conseil reconnaît implicitement qu'il s'est correctement acquitté de toutes les tâches qui lui incombent, en ce compris la surveillance du comité de direction.

B. LES ACTIONNAIRES MINORITAIRES

50. Les actionnaires minoritaires des SA, SPRL et SCRL ont également la possibilité d'introduire une action mettant en cause la gestion des administrateurs ou gérants (articles 290 et 291, 416 et 417 et 562 à 567 CS) (219). Si les représentants légaux de la société exercent l'action sociale et que l'action minoritaire est également intentée, les instances sont jointes pour connexité. Cette action est réservée aux actionnaires qui n'ont pas voté la décharge ainsi qu'à ceux qui l'ont votée dans l'hypothèse où elle aurait été invalidée (220). Par conséquent, même si les administrateurs ou gérants ont reçu *quitus* lors de la présentation de leur rapport de gestion à l'assemblée générale, les associés ne l'ayant pas voté peuvent intenter une action en responsabilité, y compris dans l'hypothèse où aucune irrégularité ou omission entachant les données reprises au bilan ne pourrait être démontrée.

L'action minoritaire est introduite:

- au nom propre des actionnaires agissant, et non au nom de la société;
- dans l'intérêt de la société, et non dans l'intérêt personnel des actionnaires agissant (221), ce qui n'exclut pas qu'ils obtiennent également un avantage, tel que la valorisation de leurs actions (222);

(219) Cette possibilité ouvre des perspectives intéressantes aux actionnaires minoritaires, à qui seul l'article 1382 du Code civil permettait, avant la réforme de 1991, d'introduire, à titre individuel, une action en responsabilité contre les administrateurs pour faute de gestion; les minoritaires devaient, pour triompher dans leur action, apporter la preuve de l'existence d'un préjudice personnel, différent du préjudice subi par la société.

(220) A cet égard, il convient que les actionnaires votant contre la décharge ou s'abstenant le fassent constater expressément dans le procès-verbal de l'assemblée générale, pour éviter toute discussion ultérieure sur la recevabilité de leur action.

(221) Voyez G. HORSMANS, qui insiste sur le fait que l'action minoritaire doit faire référence et s'appuyer sur l'intérêt social dans toutes ses composantes (*in* «Le conseil d'administration: pouvoirs et responsabilité», *Le nouveau droit belge des sociétés*, 1992, p.30).

(222) Il a été jugé que la question de savoir si l'intérêt de la société est effectivement en cause ne relève pas de l'examen de l'admissibilité de la demande mais relève du fond de l'affaire. Voyez en ce sens Anvers (5^{ème} ch.), 8 mai 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 405, p. 178 et note M.A. DELVAUX, «Quelques réflexions en matière d'action en désignation d'un expert vérificateur et d'action sociale minoritaire», *D.A.O.R.*, 2001, liv. 57, p. 56.

- pour le compte de la société, dont le préjudice fonde l'action et qui en recevra les fruits.

L'action minoritaire n'est ouverte qu'aux actionnaires dont la participation dépasse certains seuils, ce qui nécessitera fréquemment que les actionnaires minoritaires se fédèrent. S'agissant d'une SA., le ou les actionnaires doivent posséder *au jour de l'assemblée générale qui s'est prononcée sur la décharge des administrateurs des titres auxquels sont attachés au moins 1 % des voix attachées à l'ensemble des titres existant à ce jour ou possédant à ce même jour des titres représentant une fraction de capital égale à 1.250.000 € au moins*. Dans la SPRL et la SCRL, le seuil de participation est logiquement relevé: sont titulaires de l'action sociale, le ou les associé(s) détenant au jour de l'assemblée générale des parts auxquelles sont attachées au moins 10 % des voix attachées à l'ensemble des parts existant à ce jour. S'ajoute, dans les SCRL uniquement, le même droit d'agir pour le(s) associé(s) possédant des titres représentant une fraction de capital égale à 1.250.000 € au moins. Il s'agit d'une nouveauté introduite par le Code des sociétés (223).

Ces conditions de recevabilité doivent être réunies, dans le chef du demandeur, au jour du vote par l'assemblée générale de la décharge. Cela implique qu'une telle action ne peut être introduite tant que l'assemblée générale ne s'est pas prononcée sur la décharge. Par ailleurs, si une cession de parts intervient antérieurement à ce vote, l'associé cédant n'est pas recevable à introduire une semblable demande.

Certaines mesures visent à prévenir les actions abusives. Les demandeurs minoritaires déboutés de leur action doivent supporter les dépens et le juge peut les condamner, en outre, à des dommages et intérêts. Mais inversement, à supposer que la demande soit accueillie, le juge a le pouvoir de condamner la société à concurrence des sommes avancées par les demandeurs et non comprises dans les dépens de la société (224).

(223) A ce sujet, voyez M.A. DELVAUX et M. COIPEL, «Le Code des sociétés», *J.T.*, 2000, pp. 549-550.

(224) Sont clairement visés les honoraires de l'avocat qui a introduit l'action en responsabilité à la demande des minoritaires. Ce régime de récupération des honoraires d'avocat s'explique par le fait que le demandeur a agi dans le cadre d'une gestion d'affaires. Jusqu'il y a peu, il dérogeait au principe selon lequel la partie qui triomphe dans son action doit néanmoins supporter les honoraires de son conseil. La Cour de cassation a toutefois opéré un revirement sur ce point par un arrêt du 2 septembre 2004 très largement commenté (Cass. (1ère ch.), 2 septembre 2004, *Bull. ass.*, 2005, p. 356, note H. DE RODE et J. GEORGE; *J.L.M.B.*, 2004, p. 1320, note D. PHILIPPE; *J.T.*, 2004, p. 614, note B. DE CONINCK; *Journ. proc.*, 2004, liv. 486, p. 29; *NjW* 2004, p. 953, note RDC; *R.G.A.R.* 2005, n° 13946, note V. CALLEWAERT et B. DE CONINCK; *R.W.*, 2004-05, p. 535, note B. WILMS et K. CHRISTIAENS; *Rev. not. b.*, .../...

Dans les SA uniquement, la loi prévoit que les demandeurs désigneront, à l'unanimité, un mandataire spécial chargé d'introduire l'action (article 566 CS). Dans les SPRL et les SCRL, le législateur a omis de prévoir une telle désignation (225).

Certaines règles de procédure sont prévues pour préserver l'action minoritaire. Le fait qu'en cours d'instance, un ou plusieurs associés cessent de représenter le groupe d'associés minoritaires – parce qu'ils ne possèdent plus de titres ou renoncent à participer à l'action – est sans effet sur la poursuite de l'instance ou sur l'exercice des voies de recours. Toute transaction conclue avant l'intentement de l'action peut être annulée à la demande des porteurs de titres réunissant les conditions prévues si elle n'a point été faite à leur avantage commun. Après l'intentement de l'action, la société ne peut transiger avec les défendeurs sans le consentement unanime de ceux qui demeurent demandeurs de l'action.

Nous ne connaissons que de très rares cas d'application d'une action minoritaire dans la pratique. La simple existence de ce type d'action est néanmoins susceptible de présenter un intérêt puisqu'elle sert parfois de moyen de pression à l'égard des administrateurs et gérants (226). L'activisme croissant des actionnaires minoritaires, au premier rang desquels figurent les investisseurs institutionnels, laisse présager une augmentation de ce type d'actions en responsabilité.

51. A peine d'être privée de toute efficacité, l'action minoritaire est assortie de certaines garanties assurant l'accès des demandeurs aux informations.

Les articles 168 et 169 du Code des sociétés confèrent aux actionnaires minoritaires le droit de saisir le tribunal de commerce pour solliciter la désignation

.../...

2004, p. 471, note D. STERCKX; *T. Not.*, 2004, p. 711, note C. DE BUSSCHERE), et récemment confirmé, en matière quasi-délictuelle, par l'arrêt du 16 novembre 2006 (*J.T.*, 2007, p. 14, obs. B. DE CONINCK). Sur l'ensemble de cette question, on renvoie à G. MARY, «La réputation des frais et honoraires d'avocat», *J.T.*, 2007, pp. 2 et s.

(225) Pour les SPRL, la loi du 13 avril 1995 a reformulé l'article 132bis L.C.S. et a supprimé le renvoi à l'article 66ter, par inadvertance selon M. COIPEL (in *Les sociétés privées à responsabilité limitée*, op. cit., p. 270). Les coopératives, dont les dispositions à cet égard renvoyaient aux dispositions applicables aux SPRL dans les lois coordonnées sur les sociétés commerciales (article 158, 8°), ont suivi le sort, et donc le régime, de ces dernières. Cette divergence entre les SA, d'une part, et les SPRL et SCRL, d'autre part, a malheureusement subsisté dans le Code des sociétés.

(226) On constate notamment que la société DEMINOR privilégie généralement, avec un certain succès, la négociation directe et amiable avec les dirigeants et les majoritaires plutôt que la voie judiciaire contentieuse.

d'un expert vérificateur s'il existe des indices d'atteinte grave ou de risque d'atteinte grave aux intérêts de la société (227). L'objectif est de permettre à l'actionnaire de rassembler les éléments de preuve relatifs à des comportements litigieux en vue d'une éventuelle action en responsabilité contre les administrateurs. *«Ce n'est pas seulement des violations directes de la loi ou des statuts, mais également, dans un sens plus large, des comportements, omissions ou négligences qui peuvent nuire aux intérêts de la société, qui justifient la désignation d'un expert judiciaire»* (228).

Que ce soit dans une SA, une SPRL ou une SCRL, il faut que les associés (229) possèdent au moins 1 % des voix attachées à l'ensemble des titres existant ou des titres représentant une fraction du capital égale à 1.250.000 € (230). Cette condition doit être vérifiée *au jour de l'introduction de l'action en justice*, les actionnaires individuels pouvant se grouper pour atteindre ce seuil. Les conditions d'admissibilité d'une telle action en désignation d'un expert sont *similaires, mais non identiques*, à celles d'une action minoritaire: le moment où est apprécié le capital nécessaire et les seuils sont, en effet,

(227) Sur la portée de cet intérêt comme condition de nomination d'un expert vérificateur, voyez Comm. Charleroi (4e ch.), 24 décembre 1999, *D.A.O.R.*, 2000, n° 55, p. 285.

(228) Comm. Liège (2^{ème} ch.) 21 janvier 2005, *Rev. prat. soc.*, 2004, p. 195. Voyez, pour divers exemples, Comm. Hasselt (réf.), 8 avril 1994, *R.D.C.*, 1997, p. 251; Comm. Bruges (réf.), 24 août 1996, *D.A.O.R.*, 1996, p. 99; Comm. Courtrai (réf.), 22 janvier 1996, *DAOR*, 1996, p. 91; Bruxelles, 15 octobre 1997, *R.W.*, 1998-1999, 1222; Comm. Courtrai (réf.), 27 mai 1999, *T.R.V.*, 1999, p. 326; Bruxelles (9e ch.), 19 juin 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1356; Comm. Tongres (réf.), 16 octobre 2001, *R.W.*, 2002-2003, 390.

(229) L'utilisation par le texte légal de l'expression *«un ou plusieurs associés...»* indique que les associés individuels peuvent se grouper pour atteindre ce seuil. (H. LAGA, *N.V. en B.V.B.A. na de wet van 18.07.1991*, p. 244, n° 57; H. BRAECKMANS, *Het gewijzigde vennootschapsrecht 1991*, p. 368, n° 88 avec renvoi à la p. 347, n° 46). Les associés ne doivent pas nécessairement être créanciers: il leur suffit de démontrer un intérêt à être renseignés sur des opérations suspectes susceptibles de porter atteinte à l'intérêt de la société (Bruxelles (9^{ème} ch.), 19 juin 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1356). La procédure ne peut être étendue à des tiers *«étrangers à la société»*, comme des tiers qui ont contracté avec la société (Comm. Termonde, 15 février 1996, *R.D.C.*, 1997, p. 185, *R.W.*, 1996-97, p. 404). L'épouse d'un associé ne peut demander la désignation d'un expert si elle ne dispose pas de droits sociaux (Gand (12e ch.), 21 janvier 1998, *T.R.V.*, 1998, p. 525, note B. Wauters).

(230) Il a été jugé que l'actionnaire majoritaire qui est, en même temps, le gérant statutaire ne dispose pas de l'intérêt suffisant pour intenter l'action en désignation d'experts vérificateurs (Comm. Courtrai (1re ch.), 7 décembre 1995, *D.A.O.R.*, 1996, n° 40, p. 85). Il en irait autrement dans l'hypothèse de deux actionnaires possédant chacun 50 % des voix. Par ailleurs, l'actionnaire minoritaire qui réunit les conditions peut intenter l'action, même s'il dispose d'autres possibilités de contrôle légalement prévues. Il n'est pas obligé, avant d'intenter l'action en désignation d'experts, de recourir à d'autres moyens, comme par exemple l'exercice du droit de poser des questions à l'assemblée générale (Comm. Courtrai (1re ch.), 7 décembre 1995, *D.A.O.R.*, 1996, n° 40, p. 85; Comm. Termonde, 15 février 1996, *R.D.C.*, 1997, p. 185, *R.W.*, 1996-97, p. 404.).

différents. En pratique, ces divergences signifient que des actionnaires minoritaires qui auraient pu, suite à leur demande de désignation d'un expert et au dépôt de son rapport, trouver les bases suffisantes à l'introduction d'une action en responsabilité pourront être empêchés d'introduire une action minoritaire. Cette situation se rencontrera, notamment, lorsque les minoritaires ont atteint le seuil pour introduire la demande en désignation d'un expert *après* l'assemblée générale au cours de laquelle la décharge a été votée mais qu'ils ne l'atteignaient pas à ce jour. Elle pourrait même être plus fréquente dans les SPRL ou les SCRL puisque les seuils de participation y sont de 10 % des voix et non 1 %. On peut toutefois imaginer qu'à la lecture du rapport de l'expert, de nouveaux associés soient convaincus de la nécessité d'introduire une action minoritaire et se joignent au groupe originel pour permettre d'atteindre les seuils de participation requis.

Les actions en désignation d'un expert vérificateur peuvent notamment être exercées lorsque les minoritaires – préoccupés par des accointances entre certains dirigeants et des sociétés avec lesquelles leur société fait des affaires – craignent que les intérêts de leur société soient en péril (231). Les demandeurs en désignation d'un expert vérificateur doivent apporter un commencement de preuve (232): les atteintes graves ou les risques d'atteintes graves aux intérêts de la société doivent être clairement identifiés et, en l'absence d'indices précis, concrets ou détaillés, la demande doit être rejetée. Le demandeur ne peut donc se contenter de déplorer l'évolution défavorable de la situation financière de la société; il doit dénoncer des fautes ou autres comportements précis et concrets nuisibles aux intérêts de la société (233).

Tel est le cas lorsqu'un associé, qui possède 33 % des parts de la société, ne reçoit pas d'information précise sur la composition du chiffre d'affaires, s'inquiète de l'importance des avances consenties par les autres associés à la société, redoute une surévaluation des stocks et craint que la société occupe son siège d'exploitation à titre précaire (234). Les intérêts de la société peu-

(231) Pour une illustration, voyez Anvers (5^{ème} ch.), 8 mai 2000, *J.D.S.C.*, 2002, n° 405, p. 178 et note M.A. DELVAUX, «Quelques réflexions en matière d'action en désignation d'un expert vérificateur et d'action sociale minoritaire», *DAOR*, 2001, liv. 57, p. 56.

(232) Peuvent, entre autres, être considérés comme des commencements de preuve suscitant de sérieuses présomptions que des irrégularités ont été commises dans la gestion de la société: le défaut de convocation aux assemblées générales, l'exécution de travaux par la société sans facturation correspondante, le paiement d'indemnités à des administrateurs dont le mandat est gratuit ou le fait de privilégier d'autres personnes morales appartenant à un groupe d'actionnaires (Comm. Tongres (réf.), 11 mai 1990, *T.R.V.*, 1991, p. 97, obs.).

(233) Comm. Liège (2^{ème} ch.), 21 janvier 2005, *op. cit.*

(234) Comm. Bruxelles, 3 septembre 1992, *R.D.C.*, 1994, p. 166; *D.A.O.R.*, 1992, n° 25, p. 93, note J. Billiet.

vent être gravement atteints si la société a subi un dommage en raison de fautes commises dans le passé et que rien n'est entrepris pour le réparer (235).

La désignation d'un expert vérificateur peut également se justifier lorsque l'administrateur délégué contrôle d'autres sociétés-actionnaires, que les règles en matière de conflits d'intérêts ne sont pas respectées et que les actionnaires ne reçoivent aucune réponse à leurs questions (236).

La menace doit concerner les intérêts de la société et non les intérêts particuliers d'un associé individuel» (237). Une expertise ne peut être accordée pour la seule raison de l'animosité qui est apparue ou qui risque d'apparaître entre les associés (238). En outre, cette procédure n'a pas été conçue pour permettre à un associé, désireux de connaître la valeur de ses parts aux fins d'en obtenir, en cas de cession, le meilleur prix, de provoquer, à charge de la société elle-même, une expertise sur sa valeur intrinsèque (239).

Les missions confiées par le Tribunal à l'expert désigné peuvent être très variées: vérification des documents comptables et administratifs et des comptes de la société; recherche et description de situations de conflit d'intérêts et vérification du respect des règles applicables à de tels conflits; examen des contrats en cours et des relations entre la société concernée et telles sociétés semblant liées et vérification de l'utilité de ces contrats pour la société et du respect par ces contrats des conditions du marché; réponse aux questions que les minoritaires sont susceptibles de poser à la lumière des découvertes de l'expert.

C. LES TIERS (240)

52. L'action en responsabilité peut être introduite soit par un tiers, soit par le curateur désigné dans le cadre de la faillite.

Les tiers, qui peuvent agir en cas d'infraction au Code ou aux statuts, sont tantôt des créanciers «contractuels», à savoir des personnes qui ont contracté avec la société et restent impayées (fournisseurs, travailleurs, sous-traitants, clients, banquiers), tantôt des créanciers qu'on peut qualifier

d'«institutionnels», à savoir des personnes morales de droit public auxquelles la société commerciale est tenue de verser des fonds en vertu de la loi (en matière d'ONSS (241), de TVA, d'ISOC, ...).

Le curateur intervient en sa qualité de représentant de la masse des créanciers, chargé de réaliser l'actif du failli et de répartir les deniers qui proviennent de la réalisation de cet actif entre les créanciers. Il dispose d'un monopole d'action pour rechercher la réparation d'un dommage qui constitue une partie du préjudice collectif subi par la masse faillie: les dommages causés par la faute d'un dirigeant ayant contribué à aggraver le passif de la faillite ou à en diminuer l'actif sont communs à l'ensemble des créanciers. En raison du dommage causé à la masse des biens et des droits qui forment le gage commun des créanciers, cette faute est la cause d'un préjudice collectif pour ceux-ci et lèse des droits qui leur sont, par nature, communs (242).

Le fait que la société soit en faillite n'exclut cependant pas la recevabilité de l'action introduite par un créancier isolé contre l'administrateur ou le gérant, lorsque sa demande concerne la réparation d'un dommage individuel distinct du dommage commun de tous les créanciers résultant de la diminution de leur gage, ou lorsque son action se fonde sur une faute autre que celle qui a causé le préjudice collectif (243). Ainsi, il a été jugé par la Cour d'appel d'Anvers dans un arrêt du 3 octobre 2002 relatif à une action en responsabilité introduite par l'Etat belge et fondée sur l'absence de versement du précompte professionnel que «*En tant que créancier individuel, l'appelant pouvait non seulement faire la déclaration de ses créances dans le cadre de la faillite, mais aussi intenter, pendant la faillite, une action contre l'intimé, en sa qualité de gérant de la société faillie, en vue d'être indemnisé du dommage individuel subi, s'agissant d'un dommage qui existait déjà avant le moment de la faillite et qui était indépendant des dommages éventuellement causés au patrimoine de la société. L'appelant souhaite être indemnisé d'un dommage particulier qu'il a lui-même subi et non d'un dommage qui aurait eu un effet sur tous les créanciers parce que, s'agissant d'un dommage que le gérant aurait fait subir au patrimoine de la société, il aurait diminué leur gage commun*» (244). Ce n'est que pour ce type de dommage, qui n'est pas celui pour

(235) Comm. Hasselt (prés. réf.), 24 avril 1998, *T.R.V.*, 2000, p. 461.

(236) Anvers (5^e ch.), 8 mai 2000, *D.A.O.R.*, n° 57, 2001, p. 56.

(237) Bruxelles (9^{ème} ch.), 16 juin 2000, *R.P.S.*, 2000, p. 381, note.

(238) Comm. Hasselt (prés. réf.), 24 avril 1998, *T.R.V.*, 2000, p. 461.

(239) Bruxelles (9^e ch.), 16 juin 2000, *R.P.S.*, 2000, p. 381, *R.D.C.*, 2001, p. 737.

(240) Pour rappel, nous ne traitons pas ici du droit d'action des tiers sur la base de l'article 1382 du Code civil. Nous renvoyons à cet égard au rapport de D. Philippe et G. Gathem.

(241) Voyez *supra* à propos du privilège dont jouit l'ONSS dans le cadre des actions en comblement de passif.

(242) Cass. 12 février 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, 662; *Bull.* 1981, 639, concl. M. DECLERCQ; *J.D.S.C.* 2000, 137, note J. GOFFIN et E. VIATOUR; *J.D.S.C.* 2000, 239, note M. CALUWAERTS; *J.T.* 1981, 270; *Pas.* 1981, I, 639, concl. M. DECLERCQ; *R.C.J.B.* 1983, 5, note J. HEENEN; *Rev. prat. soc.* 1981, 116, note P. COPPENS.

(243) O. RALET, *op. cit.*, pp. 173 à 175; J. Fr. GOFFIN, *op. cit.*, pp. 223 et s.

(244) En l'occurrence, le patrimoine social est même plus important que ce qu'il aurait dû être au vu de l'absence de versement par le gérant de la SPRLU du précompte professionnel.

lequel l'appelant demande à être indemnisé en l'espèce, que le curateur détient un droit d'action exclusif en sa qualité de «représentant forcé» de la masse des créanciers.» (245).

53. Jusqu'en 2002, la jurisprudence et la doctrine considéraient que l'action en comblement de passif était réservée en exclusivité au curateur, en sa qualité de représentant de la masse des créanciers, et qu'une initiative individuelle d'un créancier n'était pas envisageable (246). Cette consécration d'un véritable monopole du curateur a été remise en cause par la loi du 4 septembre 2002 modifiant la loi du 8 août 1997 sur les faillites, le Code judiciaire et le Code des sociétés, qui a ajouté un alinéa aux articles 265, 409 et 530 du Code des sociétés. «L'action est recevable de la part tant des curateurs que des créanciers lésés. Le créancier lésé qui intente une action en informe le curateur. Dans ce dernier cas, le montant alloué par le juge est limité au préjudice subi par les créanciers agissants et leur revient exclusivement, indépendamment de l'action éventuelle des curateurs dans l'intérêt de la masse».

Cette modification provient d'un amendement déposé par le Gouvernement (247), qui est parti du constat que lorsqu'une société fait faillite, ses dirigeants peuvent encourir deux types de sanctions: l'une consiste en l'interdiction professionnelle fondée sur l'arrêté royal n° 22 du 24 octobre 1934 et l'autre prend la forme d'une responsabilité aggravée avec prise en charge de

(245) Anvers, 3 octobre 2002, *J.D.S.C.*, 2004, n° 582, p. 245 et *NjW*, 2003, p. 522 et note S. DE RAEDT.

(246) Civ. Liège, 12 février 1982, *J.C.B.*, p. 625, et note Y. DUMON; Comm. Bruxelles, 22 octobre 1982, *Rev. prat. soc.*, 1982, p. 244 et *J.C.B.*, 1982, p. 574; Comm. Bruxelles, 14 février 1983, *Rev. prat. soc.*, 1983, p. 326, *R.D.C.*, 1983, p. 602 et obs.; Comm. Bruxelles, 17 mai 1983, *R.D.C.*, 1984, p. 55; Anvers, 13 février 1989, *Pas.*, 1989, II, p. 205; Bruxelles, 7 décembre 1995, *R.D.C.*, 1997, p. 106; Bruxelles, 18 février 1997, *Pas.*, 1996, II, p. 40; Bruxelles (8^{ème} ch.), 1^{er} mars 1997, *J.D.S.C.*, 1999, n° 100, p. 246 et note M.A. DELVAUX, *D.A.O.R.*, n° 43, p. 58 et note O. POELMANS et D. BLOMMAERT; Cl. PARMENTIER, «La responsabilité des dirigeants d'entreprises en cas de faillite», *R.D.C.*, 1986, n° 57, p. 778; O. POELMANS, «L'affaire des 'Forges de Clabecq' et le droit de la faillite», note sous Bruxelles (8^{ème} ch.), 1^{er} mars 1997, *D.A.O.R.*, n° 43, pp. 75 et 77-78; O. RALET, *op. cit.*, p. 182; P. VAN OMMESELA-GHE et X. DIEUX, «Les sociétés commerciales - examen de jurisprudence (1979-1990)», *R.C.J.B.*, 1993, p. 795; I. VEROUGSTRAETE, «L'action en comblement de passif», in *Les créanciers et le droit de la faillite*, C.D.V.A., 1983, p. 441 et *Manuel du curateur de faillite*, Bruxelles, Swinnen, édition 1987, n° 835; L. DABIN et A. BENOIT-MOURY, *Chronique de droit à l'usage du notariat*, vol. 6, 23 octobre 1986, p. 149. Cl. PARMENTIER, *op. cit.*, n° 52, p. 778; J. RONSE, «La responsabilité facultative des administrateurs et gérants en cas de faillite avec insuffisance d'actif», *Rev. prat. soc.*, 1979, p. 295.

(247) Amendement n° 36 du Gouvernement, présenté et détaillé dans *Doc. Parl.*, Chambre, sess. ordin. 2000-2001, n° 1132/007, pp. 3 à 5 et 1132/013, pp. 128 à 134.

tout ou partie du passif dans la mesure fixée par le juge. Or, la pratique avait démontré que la responsabilité aggravée des dirigeants en cas de faute grave et caractérisée n'était appliquée que dans un nombre très peu élevé d'hypothèses, notamment parce que les curateurs – détenteurs du monopole d'action aux yeux de la jurisprudence – ont toujours semblé frileux à introduire une telle procédure – complexe, souvent très longue et au résultat aléatoire – alors même que le tribunal les presse fréquemment de clôturer les faillites dans les meilleurs délais. L'objectif clairement affirmé de la modification introduite était donc d'encourager les actions en responsabilité pour faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite, en permettant à tous les préjudiciés d'intenter une telle action contre les dirigeants fautifs.

Le créancier agissant individuellement (248) obtient à son profit exclusif l'indemnisation du préjudice qu'il a subi. Selon les auteurs du texte, ce résultat exclusif ne semble pas heurter le principe d'égalité. D'une part, ce principe reste souvent lettre morte dans la pratique des faillites eu égard au nombre impressionnant de privilèges instaurés par la loi. D'autre part, la volonté du législateur étant d'inciter le créancier individuel à agir, il fallait bien faire en sorte qu'il y trouve avantage.

§ 2. La juridiction compétente

54. En vertu de l'article 574, 1° du Code judiciaire, le tribunal de commerce est compétent pour connaître des contestations, pour raison d'une société de commerce, entre (i) sociétés et administrateurs ou gérants, (ii) entre administrateurs et gérants, (iii) entre administrateurs ou gérants et tiers et (iv) entre administrateurs ou gérants et associés.

Tout type de contestation, quels que soient son objet et l'identité du demandeur, est ainsi visé. Ce n'était pas le cas dans le régime ancien: les litiges entre sociétés et dirigeants et les litiges entre tiers et dirigeants relevaient, en effet, de la compétence ordinaire du tribunal de première instance (249). Nous rappelons que l'action judiciaire visant à la condamnation des dirigeants au paiement des dettes fiscales de la société pourrait être introduite devant le tribunal de première instance, si l'on considère qu'il s'agit d'une contestation afférente à une loi d'impôt (loi du 23 mars 1999 relative à l'organisation judiciaire en matière fiscale).

(248) Il doit informer préalablement le curateur, qui pourra ainsi intervenir volontairement à la procédure ou intenter une procédure parallèle au nom de la masse des créanciers.

(249) Sur cette question, voyez M.A. DELVAUX, «La loi du 7 mai 1999 et la compétence des juridictions consulaires pour connaître des actions liées au droit des sociétés commerciales visées par les lois coordonnées sur les sociétés commerciales», *R.D.C.*, 2000, pp. 212 et s.

§ 3. Les délais de prescription

55. L'article 198, § 1er du Code des sociétés prévoit que «sont prescrites par cinq ans (...) toutes actions contre les gérants, administrateurs, commissaires, liquidateurs (250), pour faits de leurs fonctions, à partir de ces faits ou, s'ils ont été celés par dol (251), à partir de la découverte de ces faits». Cette prescription s'applique à toute action introduite contre les administrateurs ou les gérants, quel que soit son fondement juridique (252).

La responsabilité peut être fondée indifféremment sur un fait positif ou sur une abstention fautive. En effet, il ne convient pas de s'arrêter au sens littéral du mot «faits» utilisé par le législateur, qui englobe tant l'action que l'omission. Voici quelques illustrations d'omissions fautives:

- responsabilité d'un administrateur en raison de la non-validité d'une souscription lors d'une augmentation du capital (253);
- responsabilité des dirigeants pour faute de gestion s'identifiant au fait d'avoir omis, durant plusieurs années, d'inscrire dans les comptes annuels une provision pour le risque de condamnation au paiement de redevances échues (254);
- responsabilité des dirigeants qui ont omis, durant plusieurs années, de «tirer la sonnette d'alarme» selon le prescrit de l'article 332 du Code des sociétés (255).

C'est la question du défaut d'adaptation du capital des SA, SPRL (256) ou SCRL (257) dans le délai requis qui est le champ d'application de prédilection de la responsabilité pour omission fautive. Après l'expiration du délai

(250) Ainsi que contre les membres du conseil de direction et les membres du conseil de surveillance d'une société européenne, depuis l'entrée en vigueur de l'arrêté royal du 1^{er} septembre 2004 portant exécution du règlement (CE) n° 2157/2001 du Conseil du 8 octobre 2001 relatif au statut de la Société européenne.

(251) Sans qu'il ne soit nécessaire de distinguer selon que les défendeurs ont ou non pris part au dol (Cass., 26 janvier 1922, *Pas.*, 1922, I, p. 143).

(252) Si la faute commise constitue une infraction pénale, l'article 26 du titre préliminaire du Code d'instruction criminelle implique que l'action civile ne peut être prescrite avant l'action publique.

(253) Cass. 29 mai 1980 (Ost / SA Le Patrimoine), *Arr. Cass.*, 1979-80, p. 1201, note; *J.C.B.*, 1980, p. 563, note A. STRANART; *Bull.*, 1980, p. 1190, note; *J.T.*, 1980, p. 653; *Pas.*, 1980, I, p. 1190, note; *R.W.*, 1980-81, p. 2017; *Rev. prat. soc.*, 1981, p. 21, note J. NELISSEN.

(254) Bruxelles (9^{ème} ch.), 21 novembre 2002, *J.D.S.C.*, 2004, n° 575, p. 211 et note M.A. DELVAUX, «Le point de départ du délai de prescription quinquennal des actions en responsabilité des dirigeants: analyse de deux applications pratiques», *J.L.M.B.*, 2003, p. 1271.

(255) *Ibidem*.

(256) Voyez par exemple Liège, 14 mars 2002, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1260.

(257) Voyez par exemple Comm. Hasselt, 26 novembre 2002, *J.D.C.S.*, 2004, n° 574, p. 208 et obs. M.A. DELVAUX; *NjW*, 2003, p. 567 et note H. DE WULF.

transitoire prévu pour permettre aux dirigeants d'assurer la conformité de la société aux nouvelles exigences légales en matière de capital, les dirigeants négligents sont responsables de leur léthargie et de ses conséquences préjudiciables pour la société et/ou les tiers. Cette faute est *continue* et persiste aussi longtemps que le capital de la société n'a pas été augmenté.

56. Etablir le point de départ de cette prescription quinquennale peut parfois poser des difficultés. Le délai prend normalement cours à la date des faits et non pas au moment où les faits produisent des conséquences dommageables (258). La prise de cours du délai peut cependant être retardée dans deux hypothèses:

- lorsqu'il est établi que les faits sur lesquels repose la demande ont été celés par dol, que la dissimulation soit ou non imputable au dirigeant concerné (259); la prise de cours du délai quinquennal est alors postposée à la date de la découverte de ces faits;
- lorsqu'on constate que le dommage résulte d'un ensemble de faits fautifs successifs et indivisibles ou du maintien d'une situation fautive; dans ce cas, le délai ne prend cours qu'au jour de l'accomplissement du dernier fait indivisible (260) ou au jour de la cessation de la situation illégalement maintenue.

L'indivisibilité doit être appréciée avec une certaine rigueur. Ainsi, la cour d'appel de Bruxelles a précisé, à juste titre, que l'obligation d'établir des comptes fiables est annuelle et que l'omission corrélatrice constitue une faute spécifique, susceptible de se répéter chaque année. Puisqu'il ne s'agit pas d'un ensemble de fautes successives et indivisibles, le délai de prescription prend cours séparément, pour chaque faute, à la date à laquelle elle a été commise, à savoir le jour de la présentation des comptes annuels à l'assemblée générale (261).

L'appréciation de la prise de cours du délai de prescription est plus complexe quant à l'obligation de réunir une assemblée générale en cas de perte grave de l'actif (voir *supra*). Le Code impose aux dirigeants de réunir une assemblée générale dans les deux mois du constat de cette perte. On pourrait considérer

(258) La prise de cours du délai diffère donc du régime de droit commun instauré par l'article 2262bis du Code civil.

(259) Bruxelles, 28 septembre 1966, *J.T.*, 1967, p. 97 et note STUCKMANS.

(260) Bruxelles, 19 mars 1968, *Pas.*, II, p. 180; J. VAN RYN et P. VAN OMMESLAGHE, «Les sociétés commerciales - examen de jurisprudence (1972-1978)», *R.C.J.B.*, 1981, p. 392, n° 67.

(261) Bruxelles (9^{ème} ch.), 21 novembre 2002, *op. cit.*

que le défaut de convocation est une faute qui se répète à chaque instant («*faute continue*»), et non une faute instantanée se réalisant en un instant précis, au terme du délai de deux mois. Selon cette interprétation, le dirigeant serait, à chaque instant, fautif de ne pas réunir l'assemblée. Un argument décisif vient toutefois contredire cette interprétation: pourquoi le législateur aurait-il fixé divers seuils (moitié et quart du capital social) si cette obligation était continue (261*bis*)? La doctrine considère, à juste titre selon nous, que l'obligation de convoquer l'assemblée générale n'existe qu'une seule fois dans chacune des hypothèses envisagées par la loi, à savoir une fois quand l'actif net est réduit à un montant inférieur à la moitié du capital social et une seconde fois, si nécessaire, quand cet actif net tombe sous le seuil du quart du capital social (262). La faute se concrétise non pas le jour où la perte est constatée, mais bien le dernier jour utile pour convoquer une assemblée générale dans le respect des formalités légales prescrites (263).

57. La loi du 2 août 2002 n'a malheureusement pas étendu aux membres du comité de direction des SA le délai de prescription quinquennal de la responsabilité. Cet oubli a des conséquences importantes puisqu'au sein de ce comité, une distinction s'opère entre les membres ayant la qualité d'administrateur et ceux qui ne l'ont pas. À défaut d'être administrateur, le membre du comité reste soumis au droit commun de la prescription. L'article 2262*bis*, al. 1 du Code civil dispose que toutes les actions personnelles sont prescrites par dix ans. Par dérogation, l'alinéa second stipule que «*les actions en réparation d'un dommage fondé sur une responsabilité extra-contractuelle*» se prescrivent par cinq ans (264). Ceci signifie que, selon que l'action introduite contre un membre du comité de direction a un fondement contractuel ou extra-contractuel, elle sera soumise à une prescription décennale ou quinquennale. La prise de cours du délai est également distincte: le délai de dix ans court à compter du jour où la faute est commise tandis que le délai de cinq ans ne commence à courir qu'à partir du jour qui suit celui où la personne lésée a eu connaissance du dommage ou de son aggravation et de l'identité de la

(261*bis*) D'autre part, les dirigeants qui réunissent une assemblée générale plus de deux mois après leur constat de la perte grave du capital voient leur responsabilité engagée pour violation du prescrit légal, ce qui semble confirmer que l'obligation n'est pas continue.

(262) X. FOSSOUL, «Observations sur l'article 103 des lois coordonnées sur les sociétés commerciales», in *Liber amicorum Commission Droit et Vie des Affaires*, 40^{ème} Anniversaire (1957-1997), Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 565 et s. et les références citées.

(263) Le Code précise, notamment, que le dirigeant dispose d'un délai de deux mois à compter du constat pour réunir une assemblée générale. D'autre part, la convocation doit être envoyée par lettre recommandée quinze jours avant l'assemblée (articles 268, al. 3, 383 et 533, al. 3 CS).

(264) L'alinéa 3 ajoute que, dans tous les cas, l'action se prescrit par vingt ans à partir du jour qui suit celui où s'est produit le fait qui a provoqué le dommage.

personne responsable (conditions cumulatives), sans égard pour la date de la faute ou la date de découverte de celle-ci en cas de dissimulation (265). Nombreuses sont donc les causes susceptibles de retarder la prise de cours de la prescription quinquennale: songeons à l'hypothèse où le dommage ne se fait ressentir que bien après la commission de la faute, même non celée. En outre, comment comprendre les termes «*identité de la personne responsable*» (266)? Lorsque la responsabilité est solidaire en vertu de la loi (hypothèse de la responsabilité pour violation du Code ou des statuts), il suffit de déterminer que les membres du comité de direction sont responsables, sans devoir préciser lequel d'entre eux a commis spécifiquement la faute reprochée.

(265) Sauf à atteindre la limite ultime de vingt ans instaurée par l'alinéa 3 de l'article 2262*bis* du Code civil.

(266) Nous imaginons qu'il s'agit de la personne que la victime croit responsable de son dommage car s'il fallait attendre la certitude judiciaire de la responsabilité, la mise en œuvre de cette disposition serait délicate ...

TITRE 2

LA RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS EN DROIT FINANCIER

58. Il nous a paru utile de consacrer un titre spécifique à une évolution récente de la responsabilité des dirigeants de sociétés cotées (267), auxquelles s'applique le droit financier: l'interdiction de commettre des abus d'informations privilégiées (section 1) ainsi que l'obligation d'établir des listes d'initiés et celle de déclarer ou notifier des transactions (sections 2 et 3) (268).

Nous n'aborderons ici ni la répression des délits d'initiés dans son ensemble, ni la matière des OPA, qui connaîtra bientôt une évolution importante suite à la transposition en droit belge de la directive 2004/25/CE du Parlement et du Conseil du 21 avril 2004 (269).

59. Désireuse de renforcer la lutte contre les «abus de marché», l'Union européenne y a consacré une directive spécifique (270) afin d'assurer l'inté-

(267) Aux termes de l'article 4 CS, les sociétés cotées sont «les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé au sens de l'article 2, 3°, de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers».

(268) Ph. MALHERBE, «L'obligation d'établir des listes d'initiés et de déclarer ou notifier des transactions», in *Actes du colloque de droit financier – Nouvelles règles en matière de prospectus et d'abus de marché*, Centre Jean Renauld, 30 novembre 2006.

(269) JO, L 142 du 30 avril 2004, pp. 12 et s. Pour des commentaires avisés, notamment sur les implications potentielles de cette directive en droit belge, voyez J.-M. NELISSEN-GRADE, «De dertiende richtlijn betreffende het openbaar overnamebod», *T.R.V.*, 2006, pp. 104 et s.; J. FRANTZEN, «La directive du Parlement européen et du Conseil concernant les offres publiques d'acquisition», *Dr. Banc. Fin.*, 2004, pp. 145 et s.; A. MAURAU, «La treizième directive relative aux offres publiques d'acquisition», *R.D.C.*, 2004/8, pp. 842 et s.; J.-J. DAIGRE, «Le projet de treizième directive relative aux offres publiques: une directive subsidiaire et pourtant nécessaire», *Dr. Banc. Fin.*, 2002, pp. 339 et s.; D. MUFFAT-JEANTET, «OPA: l'adoption d'une directive européenne», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2004, pp. 455 et s.; P. CALLENS, «De dertiende Richtlijn en haar impact op de Belgische overnamewetgeving», *T. Fin. R.*, 2006-1, pp. 1266 et s.

(270) Directive 2003/6/CE du parlement européen et du conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché) (*J.O. L 96/16* du 12 avril 2003). À propos de cette directive, voyez Ph. LAMBRECHT, «Les opérations d'initiés dans la proposition de directive sur les abus de marché», in M. TISON, C. VAN ACKER, J. CERFONTAINE (éd.), *Financiële regulering: op zoek naar nieuwe evenwichten*, vol. II, Série Instituut Financieel Recht, 4, Anvers, Intersentia, 2004; J. VAN LANCKER et K. VERDOODT, «Nieuwe regels inzake marktmanipulatie en misbruik van voorkennis», *T.R.V.*, 2003, pp. 36 et s. Voyez également les directives d'exécution: la directive 2003/124/CE de la Commission du 22 décembre 2003 portant modalités d'application de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne la définition et la publication des informations privilégiées et la définition des manipulations de marché (*J.O. L 339/70* du 24 décembre 2003) et la directive 2004/72/CE de la Commission du 29 avril 2004 portant modalités d'application de la

...f...

grité des marchés financiers communautaires et de renforcer la confiance des investisseurs en ces marchés. Suite à la transposition de cette directive, la loi du 2 août 2002 (ci-après «la Loi») crée un régime administratif nouveau, dont la Commission bancaire, financière et des assurances (ci-après «CBFA») est l'autorité compétente, afin de prévenir et de réprimer les abus de marché, tout en maintenant un régime pénal pour certaines infractions concernant les marchés financiers (articles 25 et suivants). Quant aux obligations préventives analysées, le dispositif a été complété par un arrêté royal du 5 mars 2006 relatif aux abus de marché (271).

Les manquements aux obligations examinées sont passibles de sanctions administratives, voire, en cas de dol aggravé, de sanctions pénales. Outre le pouvoir d'enjoindre certains comportements sous peine d'astreinte, la CBFA dispose, en vertu de l'article 36, § 2 de la Loi, du pouvoir d'infliger «au contrevenant une amende administrative qui ne peut être inférieure à 2.500 € ni supérieure, pour le même fait ou pour le même ensemble de faits, à 2.500.000 €. Lorsque l'infraction a procuré un avantage patrimonial au contrevenant, ce maximum est porté au double du montant de cet avantage et, en cas de récidive, au triple de ce montant». Les recours contre ces sanctions administratives sont portés directement devant la Cour d'appel de Bruxelles (272). Par ailleurs, ceux qui font obstacle aux inspections et expertises de la CBFA ou lui fournissent sciemment des informations inexacts ou incomplètes sont punis d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 50 à 10.000 € ou d'une de ces peines seulement (article 41 de la Loi).

...f...

directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les pratiques de marché admises, la définition de l'information privilégiée pour les instruments dérivés sur produits de base, l'établissement de listes d'initiés, la déclaration des opérations effectuées par les personnes exerçant des responsabilités dirigeantes et la notification des opérations suspectes (*J.O. L 162/70* du 30 avril 2004).

(271) M.B., 10 mars 2006.

(272) Pour une critique de cette création d'un droit quasi pénal dépourvu des garanties ordinaires, notamment de double degré de juridiction, voyez Ph. MALHERBE, «Les compétences directes de la Cour d'appel: concurrence, finance, énergie, télécommunications,...», *Le tribunal de commerce: procédures particulières et recherche d'efficacité*, Bruxelles, Jeune Barreau, 2006, pp. 243 et s.

SECTION 1

L'INTERDICTION DE COMMETTRE DES ABUS D'INFORMATIONS PRIVILÉGIÉES

60. L'«abus d'information privilégiée» constitue le pendant administratif du délit d'initié (273). Pour l'essentiel, la loi interdit à toute personne qui dispose d'une information privilégiée:

- d'acquérir ou de céder, ou de tenter d'acquérir ou de céder, pour son compte propre ou pour le compte d'autrui, directement ou indirectement, les instruments financiers sur lesquels porte l'information (...) (274);
- de communiquer une telle information à une autre personne, si ce n'est dans le cadre normal de l'exercice de son travail, de sa profession ou de ses fonctions;
- de recommander à un tiers d'acquérir ou de céder, ou de faire acquérir ou céder par une autre personne, sur la base de l'information privilégiée, les instruments financiers sur lesquels porte l'information.

Quant à la majorité des instruments financiers, tels que définis à l'article 2, § 1^{er}, 1^o de la Loi, constitue une information privilégiée «toute information qui n'a pas été rendue publique (275), qui a un caractère précis (276) et qui

(273) P.A. FORIERS et C. TUBEUF «La transposition de la Directive Abus de Marché en matière de délit d'initié: Arrêtés royaux du 24 août 2005 et du 5 mars 2006», in *Le nouveau droit des marchés financiers*, Séminaire Vanham & Vanham, 28 septembre 2006; B. FERON et P. PAULUS DU CHATELET, «Les délits de marché», in Ch. JASSOGNE et G. BLOCK (dir.), *Traité pratique de droit commercial, Tome 5 Droit bancaire et financier*, Bruxelles, Kluwer, 2003, pp. 243 et s.; B. FERON, «Les délits boursiers en droit belge et en droit comparé», *Les délits financiers*, Cahiers AEDBF – 12, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 41 et s.; Ph. LAMBRECHT, «Le point à propos du délit d'initié», *Rev. dr. U.L.B.*, 1997, pp. 85 et s.; K. GEENS et B. SERVAES, «Misbruik van voorkennis na de wet van 6 april 1995: weinig nieuws onder de zon», *L'entreprise face au droit pénal*, Anvers, Kluwer-Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 85 et s.; D. DEVOS, «Les opérations d'initiés en droit positif belge», *Rev. Banq.*, 1991, pp. 458 et s.; Ph. LAMBRECHT, «La réforme financière de 1990, Livre V, du délit d'initié», *J.T.*, 1991, pp. 671 et s.

(274) Dans sa version initiale, l'article 25 reprenait la condition d'«utilisation» qu'on retrouve pour le délit pénal: il interdisait à la personne disposant d'une information privilégiée «d'utiliser cette information en acquérant ou en cédant...». La Loi-programme du 22 décembre 2003 a supprimé la condition d'utilisation pour le manquement administratif. Dans sa version actuelle, le manquement administratif est donc établi dès que la personne initiée acquiert ou cède, ou tente d'acquérir ou de céder, les titres concernés.

(275) On peut déduire de la jurisprudence belge et étrangère que l'information a été rendue publique lorsque la société a publié son rapport annuel, a tenu une conférence de presse pour annoncer ses résultats, ... Par ailleurs, rendre publique ne signifie pas que l'information doit nécessairement être publiée. Par contre, reste privilégiée l'information qui est portée à la connaissance d'un nombre limité de personnes par rapport à l'ensemble des partenaires du marché boursier, qui est publiée dans un périodique au tirage limité et à l'audience restreinte ou qui est divulguée lors d'un séminaire réservé à quelques intéressés. Si l'information est rendue publique sans être diffusée dans le public, il peut y avoir opération d'initié, l'information n'étant

concerne, directement ou indirectement, un ou plusieurs émetteurs d'instruments financiers ou un ou plusieurs instruments financiers (277), et qui, si elle était rendue publique, serait susceptible d'influencer de façon sensible le cours (278) des instruments financiers concernés ou celui d'instruments financiers connexes» (article 2, § 1^{er}, 14^o).

La principale différence entre le délit d'initié et l'abus d'information privilégiée réside dans les personnes visées. Alors que l'abus d'information privilégiée est interdit à toute personne qui en dispose, le délit d'initié est interdit (i) à certaines personnes qui disposent, pour une raison particulière, d'une infor-

...J...

pas connue de l'ensemble des investisseurs potentiels. Si l'information a été diffusée dans le public sans avoir été assimilée par celui-ci, les auteurs, s'inspirant de l'expérience américaine, considèrent qu'il est recommandé d'attendre un laps de temps raisonnable de l'ordre de 24 heures. Voyez D. DEVOS, «Les opérations d'initiés en droit positif belge», *op. cit.*, *banq.*, 1991, p. 459; K. GEENS et B. SERVAES, «Misbruik van voorkennis na de wet van 6 april 1995: weinig nieuws onder de zon», *op. cit.*, pp. 103-104; Corr. Charleroi, 27 septembre 1995, *R.P.S.*, 1996, p. 152; Corr. Gand, 27 septembre 1995, *R.P.S.*, 1996, p. 155.

(276) Selon la loi, une information est réputée «à caractère précis» si «elle fait mention d'un ensemble de circonstances qui existe ou dont on peut raisonnablement penser qu'il existera ou d'un événement qui s'est produit ou dont on peut raisonnablement penser qu'il se produira, et si elle est suffisamment précise pour que l'on puisse en tirer une conclusion quant à l'effet possible de cet ensemble de circonstances ou de cet événement sur le cours des instruments financiers concernés ou sur celui d'instruments financiers dérivés qui leur sont liés» (art. 2, 14^o, al. 4). Une simple rumeur ne saurait être considérée comme une information privilégiée. Tout est une question d'appréciation en fait. Il a ainsi été jugé, en France ou en Belgique, que revêtaient un caractère suffisamment précis les informations suivantes: la connaissance de l'existence de pertes même si elles n'étaient pas exactement chiffrées; la connaissance des difficultés financières de la société qui devaient la conduire très prochainement à déposer son bilan; la connaissance de pourparlers confidentiels suffisamment engagés pour avoir des chances raisonnables d'aboutir; la connaissance des résultats positifs de la société, même si la période de versement d'un dividende exceptionnel est ignoré.

(277) L'information privilégiée peut concerner aussi bien des informations internes à l'émetteur (augmentation de dividendes, fusions, changement d'administrateur délégué ou de politicien d'investissement,...) qu'externes à celui-ci (OPA lancée par un tiers, crise politique grave et inattendue, ordre de bourse relatif à l'acquisition ou la cession de titres, modification notable des taux des crédits bancaires, mauvaises prestations d'ensemble d'un secteur économique, découverte d'une nouvelle technologie, ...).

(278) La loi du 2 août 2002 précise qu'une information est considérée comme susceptible d'influencer de façon sensible le cours d'instruments financiers «lorsqu'un investisseur raisonnable serait susceptible d'utiliser cette information en tant que faisant partie des fondements de ses décisions d'investissement» (art. 2, 14^o, al. 5). Pour apprécier si la diffusion de l'information aurait pu influencer le cours du titre, le juge doit se replacer au moment de la commission de l'acte interdit et examiner si, à ce moment, un «investisseur raisonnable» aurait pu se douter que l'information, une fois diffusée, pourrait influencer le cours du titre. Voyez K. GEENS et B. SERVAES, «Misbruik van voorkennis na de wet van 6 april 1995: weinig nieuws onder de zon», *op. cit.*, p. 105. Voyez également Cass., 16 mai 2006, *T.R.V.*, 2006, p. 484, note M. WAUTERS; Gand, 3 novembre 2005, *T.R.V.*, 2005, p. 400.

mation dont ils connaissent ou ne peuvent raisonnablement ignorer le caractère privilégié (279) et (ii) à toute autre personne qui, *en connaissance de cause*, dispose d'une information dont elle sait ou ne peut raisonnablement ignorer qu'elle est privilégiée et qu'elle provient directement ou indirectement d'une personne qui détenait l'information en raison d'un lien particulier avec une société ou un instrument financier, ou en raison de ses activités criminelles (article 40 de la Loi).

SECTION 2

L'OBLIGATION D'ÉTABLIR LA LISTE DES INITIÉS

61. Les émetteurs de titres cotés doivent établir et communiquer sur demande à la CBFA «une liste de toutes les personnes travaillant pour eux, que ce soit dans le cadre d'un contrat de travail ou non, et ayant de manière régulière ou occasionnelle accès à des informations privilégiées concernant directement ou indirectement l'émetteur» (article 25bis, § 1^{er} de la Loi).

L'obligation d'établir ces listes est étendue aux «personnes qui agissent au nom de ces émetteurs ou pour le compte de ceux-ci». L'émetteur peut donc se contenter de mentionner le tiers et se reposer sur celui-ci pour l'établissement d'une liste détaillée.

Le champ d'application territorial est déterminé en fonction de la localisation du marché. Sont seuls concernés les «émetteurs dont les instruments financiers sont admis, à leur demande ou avec leur accord, aux négociations sur un marché réglementé belge ou font l'objet d'une demande d'admission aux négociations sur un tel marché» (280).

Ces listes comprennent (i) l'identité des personnes ayant accès aux informations privilégiées, (ii) le motif pour lequel elles sont inscrites sur la liste, (iii)

(279) Ces raisons particulières sont, notamment, les suivantes: être membre d'un organe d'administration, de gestion ou de surveillance de l'émetteur ou d'une société ayant des liens étroits avec l'émetteur; détenir une participation dans le capital de l'émetteur; avoir accès à l'information du fait du travail, de la profession ou des fonctions...

(280) Cependant, le Roi peut modifier ces deux paramètres. Il peut, sur avis de la CBFA, étendre l'application de l'obligation, en tout ou en partie, (i) «aux émetteurs dont les instruments financiers sont admis ou font l'objet d'une demande d'admission aux négociations sur tout autre marché ou système de négociation alternatif visé à l'article 15 et désigné par le Roi conformément à l'article 25, § 3, 1^o» et (ii) «aux émetteurs de droit belge dont les instruments financiers sont admis ou font l'objet d'une demande d'admission aux négociations sur un marché réglementé étranger ou sur tout autre marché ou système de négociation alternatif organisé à l'étranger et désigné par le Roi conformément à l'article 25, § 3, 2^o, lorsque ces émetteurs ne sont pas soumis à des obligations équivalentes dans l'Etat où est situé le marché ou système de négociation concerné».

et la date à laquelle elles ont obtenu accès aux informations privilégiées et (iv) les dates de création et d'actualisation de la liste (article 9 de l'arrêté royal du 5 mars 2006).

Les listes – conservées pendant au moins cinq ans après leur établissement ou leur actualisation (article 11 de l'arrêté royal du 5 mars 2006) – doivent être actualisées «sans délai» (i) en cas de changement du motif d'inscription, (ii) lorsqu'une nouvelle personne doit être ajoutée et (iii) en mentionnant si et quand une personne inscrite cesse d'avoir accès à des informations privilégiées (article 10 de l'arrêté royal du 5 mars 2006).

Les responsables de la constitution des listes sont tenus de prendre les mesures nécessaires afin que l'attention des personnes qui y figurent et ont accès aux informations privilégiées soit spécialement attirée sur les obligations légales et réglementaires qui leur incombent et sur les sanctions prévues en cas d'utilisation illicite ou de diffusion induue de ces informations (article 12 de l'arrêté royal du 5 mars 2006).

SECTION 3

LA NOTIFICATION DES TRANSACTIONS

62. La liste d'initiés est complétée par une liste d'opérations effectuées par une catégorie de ceux-ci. Les personnes exerçant des responsabilités dirigeantes au sein d'un émetteur doivent notifier «à la Commission bancaire, financière et des assurances les opérations effectuées pour leur compte propre et portant sur des actions dudit émetteur ou sur des instruments dérivés ou d'autres instruments financiers liés à celles-ci» (article 25bis, § 2, de la Loi). La CBFA semble admettre que les donations ne constituent pas des opérations au sens de la directive (281).

Les personnes concernées sont (i) les membres des organes (administration, gestion ou surveillance) d'un émetteur d'instruments financiers et (ii) les responsables de haut niveau qui, sans être membres des organes, disposent «d'un accès régulier à des informations privilégiées concernant directement ou indirectement l'émetteur et du pouvoir de prendre des décisions de gestion concernant l'évolution future et la stratégie d'entreprise de cet émetteur» (article 2, 22^e de la Loi) (282).

(281) P. A. FORIERS, *op. cit.*, p. 35.

(282) Quant aux «membres des organes», il s'agit de ceux qui revêtent cette qualité au sein de la société dont les titres sont cotés et non au sein d'une personne liée. Les membres des organes des personnes liées peuvent néanmoins entrer dans la seconde catégorie visée par la définition (en ce sens, P. A. FORIERS, *op. cit.*, pp. 29-31).

Cette obligation s'étend aux «personnes ayant un lien étroit» avec les dirigeants, à savoir:

- le conjoint ou tout autre partenaire considéré «par la loi» comme équivalent;
- les enfants légalement à charge;
- tout autre parent qui partage le même «domicile» depuis au moins un an;
- toute personne morale, fiducie, trust ou *partnership* dont les responsabilités dirigeantes sont exercées par une des personnes précitées, en ce compris le dirigeant lui-même, «ou qui est directement ou indirectement contrôlée par cette personne, ou qui a été constituée au bénéfice de cette personne, ou dont les intérêts économiques sont substantiellement équivalents à ceux de cette personne» (article 2, 23° de la Loi).

Sont concernés les dirigeants de sociétés belges cotées sur un marché réglementé belge ou étranger (283) ainsi que les dirigeants de sociétés étrangères devant déposer à la CBFA les informations concernant leurs actions (284). Le Roi peut procéder à une extension aux autres marchés belges et, le cas échéant, aux marchés étrangers à défaut d'obligations locales équivalentes.

La notification doit, en principe, intervenir dans les cinq jours ouvrables. Elle peut toutefois être reportée aussi longtemps que le montant total des opérations effectuées durant l'année civile en cours ne dépasse pas le seuil de 5.000 € (article 13 de l'arrêté royal précité) (285). En cas de dépassement du seuil, toutes les opérations effectuées sont notifiées dans les cinq jours ouvrables suivant l'exécution de la dernière opération. Si le montant total des opérations est resté en dessous du seuil durant une année civile entière, les opérations concernées sont notifiées avant le 31 janvier de l'année suivante.

Conformément à l'article 14 de l'arrêté royal du 5 mars 2006, la notification contient:

- le nom du dirigeant ou, le cas échéant, de la personne liée;
- le motif de l'obligation de notification;
- le nom de l'émetteur concerné;

(283) Eu égard à la lecture combinée de l'article 10 de la directive 2003/6/CE et de l'article 6, § 1^{er}, de la directive 2004/72/CE et conformément à l'avis du conseil d'Etat.

(284) En vertu de l'article 10 de la directive 2003/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant le prospectus à publier en cas d'offre au public de valeurs mobilières ou en vue de l'admission de valeurs mobilières à la négociation.

(285) Le montant total des opérations s'obtient en additionnant les opérations pour compte propre du «dirigeant» et les opérations pour compte propre des personnes étroitement liées.

- la description de l'instrument financier;
- la nature, la date, le lieu, le prix et le montant de l'opération.

La CBFA, qui exige les pièces justificatives, publie individuellement les opérations sur son site, ce qui peut constituer une atteinte à la vie privée, singulièrement lorsque le dirigeant est une personne physique.

63. L'effectivité du système repose partiellement sur une forme de dénonciation. Les intermédiaires financiers qualifiés doivent, en effet, «notifier» sans délai à la CBFA les opérations qui, sur la base d'un examen au cas par cas, peuvent raisonnablement être suspectées de constituer une infraction (article 25bis, § 4 de la loi et article 16 de l'arrêté royal).

La notification – qui peut être effectuée par lettre, courrier électronique, téléphone ou téléphone (286) – contient notamment:

- une description des opérations (ex.: type d'ordre et mode de négociation utilisé);
- les raisons de soupçonner qu'elles peuvent constituer un abus de marché;
- les moyens d'identification des personnes pour le compte desquelles les opérations ont été réalisées et des autres personnes impliquées;
- la qualité en vertu de laquelle agit la personne soumise à l'obligation de notification.

La dénonciation est secrète: les personnes qui procèdent à la notification n'en informent personne, *a fortiori* pas les personnes pour le compte desquelles les opérations ont été effectuées ou les parties liées à ces personnes. En outre, cette notification de bonne foi, opérée conformément aux dispositions légales, ne constitue pas une violation du secret professionnel et elle n'entraîne dès lors aucune responsabilité.

(286) Sous réserve d'une confirmation écrite lorsque la CBFA le demande.